REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXIV
CUARTO TRIMESTRE
PRIMERA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1993

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE DE 1993

Presidente
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO
Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Secretaria: Dra. Katerine Karakalpakis Calderón

SECCION SEGUNDA

Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Secretaria: Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA
Secretaria: Doctora Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Presidente

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Secretario: Jorge A. Torrado Torrado (Hasta el 31 de julio)
Srta. Judith López Díaz (E) (desde el 1o. de agosto a 15 de septiembre)
Doctor Carlos Alberto Flórez Rojas (Desde el 16 de septiembre)

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Presidente

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

Secretario: Dr. Octavo Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. HUMBERTO MORA OSEJO
Presidente

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

Secretaria: Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

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

RELATORES

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

SALA PLENA

DE LO

CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO

PROCESO DE DESINVESTIDURA - Objeto / ACCION DE LA PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Titularidad / PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Funciones / PARTES - Representación / LEGITIMACION PROCESAL

El proceso de desinvestidura de un congresista, por las causales señaladas taxativamente en el artículo 183 de la Constitución, es la vía creada para responsabilizarlos por acción u omisión en el ejercicio del cargo, por extralimitación de funciones o por infringir el régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el régimen de conflicto de intereses. Es así un juicio objetivo que comporta primordialmente una acción pública ciudadana, como corolario del derecho fundamental que tiene todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control de poder político (artículo 40 *ibídem*); Derecho que le otorga, entre otras facultades, la de elegir y ser elegido, la de revocar el mandato de los elegidos y la de interponer las acciones públicas en defensa de la constitución y la ley. El procurador general de la nación, por sí solo o por medio de sus delegados o agentes, puede también legítimamente solicitarla.

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

La Constitución asignó al Consejo de Estado, en forma exclusiva, la competencia para decretar, en un término no mayor de veinte dias, la desinvestidura de un congresista mediante un juicio de conocimiento breve y sumario. El constituyente no aceptó que fuera la Corte la competente para decretar la medida, pese a que en los proyectos iniciales siempre figuró dicho organismo con ese poder.

Estimó al final que uno era el juicio penal y otro el administrativo de responsabilidad política, sometidos a normas diferentes y con fines distintos. Lo anterior pone de relieve las diferencias entre los dos juzgamientos; El no condicionamiento del uno sobre el otro, porque mientras el congresista no comparece al proceso de desinvestidura como un delincuente reo de un delito común, sino como miembro de la corporación congresional para que se le investigue su conducta y se deduzca su responsabilidad política por acción u omisión en el ejercicio del cargo por violación de los regímenes de incompatibilidades o inhabilidades o de conflicto de intereses, el mismo congresista compadecerá al proceso penal como infractor de la ley penal, en idénticas condiciones probatorias y procesales a las demás personas cobijadas por la misma sindicación; salvo, claro está, en cuanto a que el juez competente para su juzgamiento será la Corte Suprema, en forma privativa (art. 186 de C.N.); y porque mientras el proceso de desinvestidura será breve y sumario, sometido al régimen probatorio propio del proceso administrativo (en la práctica el mismo del proceso civil), el proceso penal, con las etapas propias de éste (investigación previa, instrucción, captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional, *habeas corpus*, calificación y juzgamiento), será amplio y lleno de garantías procesales protectoras de la libertad del sindicado, estará sometido el régimen probatorio contemplado en el código de procedimiento penal en sus arts. 246 y siguientes.

CONGRESISTA - Incompatibilidades / CARGO PRIVADO / PERDIDA DE LA INVESTIDURA

El señor congresista violó el régimen de incompatibilidades, concretamente las causales contempladas en los numerales 1 y 4 del art. 180 de la Carta, por haber ejercido cargo privado en la forma analizada y probada atrás, simultáneamente con su desempeño como congresista (numeral 1); y por haber realizado gestiones ante persona jurídica privada encargada de manejar los auxilios (num. 4) o, mejor por haber gestionado por ella, lo que es más grave aún. Se observa así frente a esta causal que el señor congresista no solo no se contentó con llevar él mismo la representación de la Asociación, sino que se aprovechó del cargo directivo para gestionar ante la misma, a través de los miembros de la junta directiva. En otras palabras y como corolario de todo lo anterior, el congresista ejerció el cargo privado para administrar los dineros provenientes de los auxilios parlamentarios que le fueron asignados.

EXP. - AC-534

Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- Santa Fe de Bogotá D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. AC-534. -Asuntos Constitucionales. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Procede la sala a decidir el proceso de desinvestidura del señor congresista Doctor Jairo José Ruiz Medina, iniciado por solicitud presentada por la señora Procuradora Delegada para asuntos presupuestales.

Se procede al estudio de fondo del proceso de la referencia luego de definir, como consta en el acta, que no existe impedimento en ninguno de los miembros de la Sala y ni siquiera en quienes fueron citados a indagatoria por el congresista aquí demandado, ya que la situación no encaja en ninguna de las causales de impedimento contempladas en el c.de p.c.; porque, además, ninguno de los consejeros está en la actualidad vinculado a procesó penal que tenga incidencia en éste, tramitado por la Comisión de Investigación y Acusación de la H. Cámara de Representantes y menos al que intentó adelantar el mencionado congresista con posterioridad a la iniciación de este proceso de desinvestidura, que aún se encuentra en etapa preliminar averiguatoria.

Dicha funcionaria, en su escrito de 18 de enero de 1993 hace su petición con apoyo en las causales primera y cuarta del artículo 183 de la Constitución, "toda vez que el congresista mencionado pudo adelantar gestiones ante entidades de Derecho Privado que manejan fondos públicos o reciben donaciones del Estado, contraviniendo así las prohibiciones del artículo 180 de la Carta o también pudo dar indebida destinación a los dineros públicos que bajo la figura de auxilios fueron decretados en favor de la fundación Rafael Uribe Uribe."

Al proceso se le dió el trámite propio del ordinario, por no existir hasta la fecha el especial a que se refiere el artículo 184 de la constitución. En el punto precedente y en los relacionados con la competencia de esta Sala Plena Contenciosa, la informalidad de la solicitud y la índole jurisdiccional del proceso, se reitera la jurisprudencia contenida en el fallo de 8 de septiembre de 1992 (Proceso AC-175),del cual fue ponente el señor Consejero Chahín Lizcano.

Dada la seria y comprensiva argumentación expuesta en dicha sentencia,la Sala se siente relevada de hacer nuevas reflexiones y solo ratifica en ésta oportunidad los siguientes hitos jurisprudenciales: a) A falta de procedimiento

especial en materia de desinvestidura deberá acatarse el mandato contenido en el artículo 206 del c.c.a. que impone el trámite ordinario; b)Donde existe juez para un asunto determinado (y el artículo 184 de la constitución le asigna el conocimiento de la desinvestidura al Consejo de Estado) tendrá que existir procedimiento,bien especial u ordinario; c) Al dársele carácter jurisdiccional al proceso de desinvestidura y señalarse al Consejo de Estado como juez propio, habrá que entender por fuerza que la constitución sólo podía referirse a la Sala Plena de lo Contencioso y no al Consejo conformado por dicha sala y por la de consulta,ya que esta última en ningún caso y bajo ningún pretexto podrá ejercer funciones jurisdiccionales. (arts. 236 inciso 2o y 237 de la constitución); d) "Porque los jueces o magistrados que rehusaran juzgar pretextanto silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia" (art. 48 de la ley 153 de 1.887); y e) Porque la solicitud que hagan los legitimados para pedir la desinvestidura no tendrá que reunir ningún requisito especial y menos los propios de toda demanda contencioso administrativa, ni venir acompañada de anexos especiales (artículos 137 y siguientes del c.c.a.), ya que el art. 184 de la carta en armonía con el 40 de la misma crean una acción pública o ciudadana, para la cual no se requerirá abogado titulado ni formalidades especiales.

Durante el trámite de la instancia, el señor congresista Ruíz Medina contestó la demanda mediante escrito que obra a folios 287 y siguientes. En dicho memorial, luego de cuestionar las razones de la solicitud, propóne las excepciones de "inexistencia de las causases consagradas en la constitución y la ley para la pérdida de la investidura", la violación del debido proceso, la ilegitimidad para promover la solicitud, la falta de requisitos para la procedibilidad de la acción y la petición antes de tiempo. Alega además, la prejudicialidad, ya que el fallo que deba proferir la Corte Suprema deberá influir necesariamente en la solución del presente proceso. Concluye su alegación recusando al señor Procurador.

En la oportunidad legal se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (ver auto de marzo 18 de 1993, a folios 311 y siguientes) y se rechazó de plano la recusación formulada por la parte demandada contra el ministerio público (ver auto de abril 19 de 1993, a folios 339 y siguientes); proveído que quedó en firme al ser rechazado por improcedente el recurso de súplica interpuesto contra el mismo (ver auto de 4 de mayo de 1993, a folios 346 y siguientes).

Asimismo mediante auto de julio 21 de 1993 se rechazó de plano el incidente de nulidad propuesto con base en la causal 4 del art.140 del c. de p.c. "por haberse tramitado este proceso por la vía ordinaria en lugar de la prevista en el artículo 184 de la constitución."

En escrito de julio 12 pasado (a folios 382 y siguientes) el señor Procurador décimo delegado conceptuó, luego de estimar no probadas las excepciones propuestas, que debe accederse a la solicitud de desinvestidura hecha por la señora procuradora delegada para asuntos presupuestases.

Obra igualmente en esta instancia la coadyuvancia del Doctor Luis Guillermo Nieto Roa (intervención que en esta misma providencia le será aceptada), quien actuando como ciudadano analiza la situación del señor congresista Ruiz Medina y concluye que con sus actuaciones violó el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, el régimen de conflicto de intereses e hizo uso indebido de dineros públicos (ver escrito a folios 397 y siguientes)

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El asunto, dada su importancia, impondrá el estudio de los siguientes puntos, en los cuales se analizarán las excepciones propuestas, la doble responsabilidad y la índole del juicio de desinvestidura. Luego, se analizará el caso concreto y se sacará la conclusión final.

El estudio de conjunto de la situación general responderá cada una de las inquietudes propuestas por el demandado.

Las excepciones:

Tal como lo sostiene el ministerio público en su concepto de fondo, ninguna de las propuestas resultó probada. Y la sala hace suya la argumentación expuesta por este funcionario por ajustarse no sólo a la realidad procesal que muestran los autos, sino a la jurisprudencia de esta misma Sala, iniciada con la sentencia atrás citada correspondiente al proceso seguido al señor Escrucería Manzi.

A este respecto el procurador décimo anota:

> "B) Las excepciones propuestas por el apoderado del Congresista, no están llamadas a prosperar, de conformidad con el siguiente análisis:
>
> a) Inexistencia de las causases consagradas en la Constitúción y en la ley.
>
> No es éste, propiamente un medio exceptivo que tienda a enervar la pretensión.
>
> Se trata, simplemente, de la negación del hecho afirmado en la solicitud de Procuradora Delegada para Asuntos Presupuestales, cuya ocurrencia es objeto del debate contencioso administrativo en su orden a establecer

si se dieron o no los presupuestos de la acción orientada a decretar la pérdida de la investidura, por irregularidades que contempla la Constitución Nacional.

b. -Violación del debido proceso:

No comparte este despacho esta apreciación, por cuanto el proceso adelantado ante esta jurisdicción se ha cumplido ajustándose a las formalidades de ley.

La Procuradora Delegada para Asuntos Presupuestales aportó con su solicitud las pruebas pertinentes; para que dentro de la etapa correspondiente fueran controvertidas.

"El demandado ha sido juzgado conforme a leyes preexistentes al hecho que se le imputa ante juez competente y con observancia de la plenitud de las formas propias del juicio y ha tenido la oportunidad de presentar pruebas y de controvertir las que se allegaron en su contra.

"c). - Ilegitimidad para promover la solicitud.

Tampoco es de recibo esta objeción, en la medida en que la solicitante actuó en acatamiento del artículo 184 de la Constitución.

"Dice la norma:

"" 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 dias hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.""

"El hecho de que la solicitante sea funcionario público,no le priva de su condición de ciudadana, para poner en movimiento el mecanismo judicial. Y aún, en el entendimiento de que no fuere así, es apenas obvio que le asiste igual derecho, en armonía con el artículo 277 de la misma Carta, que le impone al Ministerio Público, entre otros, el deber de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; defender los intereses de la sociedad; ejercer la vigilancia de la conducta de quienes, desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular e intervenir en defensa del orden jurídico y el patrimonio público.

"d) Falta de requisitos de procedibilidad de la acción.

Esta excepción tampoco prospera como quiera que se halla subsumida dentro de la anterior.

"Es tan procedente la acción que la misma Constitución la establece en el artículo 184 ya mencionado. Y que el propio Consejo de Estado le ha dado el trámite de rigor asumiendo la competencia, no sólo del asunto que aquí se controvierte, sino de otros similares.

"e) Petición antes de tiempo:

No ve este despacho la razón por la cual el Consejo de Estado tenga que esperar para decretar la desinvestidura que se le impetra,el pronunciamiento de la Comisión de Etica.

"En desarrollo del artículo 184 de la C.N.. nada impide que el Consejo de Estado, a solicitud de la Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales y previo un proceso ordinario, decrete la pérdida de la investidura congresional de quien indebidamente destine dineros públicos y/o realice gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos.

"Es esa una de las funciones que la Carta le asigna expresamente, sin que su pronunciamiento esté condicionado a previa sentencia penal condenatoria, ni calificación de la Cámara respectiva o de la Comisión de Etica.

"Sobre este aspecto la Corporación, recientemente, sostuvo:

""....c) La ley 5a. de 1992 y la pérdida de la investidura. Aunque el trámite del presente proceso se inició con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley 5a. de 1992 (18 de junio) y en consecuencia, no podría predicarse que la solicitud formulada el 8 de junio de 1992 adolece de algunas fallas en frente de la regulación que sobre el tema trajo la referida ley en sus artículos 296 a 304, debe la Sala precisar también que le da primacía, como es su obligación, a la norma constitucional, la cual no exige, como parecería exigirlo la ley, ningún requisito de procedibilidad de la acción y mucho menos, que la calificación de esa procedibilidad, que se hace radicar en el Congreso, sea un presupuesto que el Consejo de Estado deba tener en cuenta para adelantar el trámite de las solicitudes que a este respecto se le formulen. La Constitución, solo 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 causases mencionadas en el artículo 183 de la Constitución. La admisión de los medios de prueba y la apreciación que de estos haga el juez, para determinar si en efecto, el Congresista acusado incurrió en los hechos que la Carta prevé como determinantes de la pérdida de la investidura, constituyen la médula del proceso y se gobiernan por sus instrumentos procesales propios y por el principio del derecho universal de la independencia del juez, en buena hora consagrado como norma constitucional en el artículo 228. No pueden ser pues, las calificaciones previas, judicial o congresional, a que se refieren los artículos 297 y 298 de la ley en cita, requisitos de procedibilidad de la acción,si no medios de prueba de los hechos que configuran la causal constitucional para la pérdida de la investidura, con la aclaración que en casos diferentes a los que requieran para su configuración sentencia judicial, no pueden considerarse, como parecía sugerirlo la ley, como medio único de prueba."Exp. AC175 sentencia de septiembre 8 de 1992, Consejero Ponente Dr. Chahín Lizcano.)".

Fuera de lo dicho, otros argumentos adicionales para denegar las excepciones se observan en la parte introductoria de este fallo, cuando se hizo el recuento de las incidencias que tuvo el proceso durante su tramitación. Razón ésta que releva a la Sala de repetir otros argumentos ya expuestos o que se reforzarán m'ss adelante al explicar los otros puntos.

La doble responsabilidad:

Los congresistas, según las voces de la nueva carta, podrán comprometer con sus actuaciones públicas o privadas, tanto su responsabilidad política como penal. En el primer caso, su juzgamiento será de tipo constitucional ante el Consejo de Estado y podrá culminar con la desinvestidura (arts.. 183 y 184 de la c.n). En el segundo, ese juzgamiento, con todas las garantías y etapas propias del proceso penal, será del conocimiento privativo de la Corte Suprema y en relación con los delitos que se le les imputen.

El proceso de desinvestidura de un congresista, por las causases señaladas taxativamente en el artículo 183 de la constitución, es la vía creada para responsabilizarlos por acción u omisión en el ejercicio del cargo,por extralimitación de funciones o por infringir el régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el régimen de conflicto de intereses.

Es así un juicio objetivo que comporta primordialmente una acción pública ciudadana, como corolario del derecho fundamental que tiene todo ciudadano

de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40 *ibídem*); derecho que le otorga, entre otras facultades, la de elegir y ser elegido, la de revocar el mandato de los elegidos y la de interponer las acciones públicas en defensa de la constitución y la ley.

La índole de juicio de responsabilidad política se desprende de la intención del constituyente, que quiere un congreso digno, responsable políticamente y de conducta transparente e intachable; de la lectura de las distintas causases de desinvestidura; de los efectos de la decisión que la declara; de la formulación simple de la solicitud inicial, sin los requisitos formales de toda demanda; como también de la legitimación que para pedirla se señala en la misma carta en su artículo 184, circunscrita a la mesa directiva de la Cámara correspondiente o a cualquier ciudadano.

Se observa que aunque el art. 184 no hable del ministerio público, es incuestionable, con fundamento en los numerales 5,6 y 7, inciso final, del artículo 277 de la carta,que el procurado general de la nación, por si o por medio de sus delegados o agentes, pueda también legítimamente solicitarla.

Este juicio de raigambre constitucional, de rápido pronunciamiento como que debe ser breve, sumario y de solución en 20 dias, se basa en las causases restrictivas y taxativas señaladas en el artículo
183.

La índole del juicio de desinvestidura.

La constitución asignó al Consejo de Estado, en forma exclusiva,la competencia para decretar, en un término no mayor de veinte dias, la desinvestidura de un congresista mediante un juicio de conocimiento breve y sumario. Juicio que es, en principio, de cognición.

En otras palabras, el juez administrativo decidirá el proceso de desinvestidura luego de subsumir los supuestos de hecho alegados en la solicitud (debidamente acreditados por los medios legales)en los de la norma que contempla el efecto pretendido. Importan así los hechos expuestos en la solicitud, de los cuales podrá inferir el juzgador la existencia de la causal o de las causales que tengan entidad suficiente para decretar la pérdida de la investidura. Es este un juicio valorativo por excelencia,tendiente a la creación de un título de efectos ejecutorios y no un simple proceso ejecutivo de un título creado por otra jurisdicción.

Estudiada la historia de la expedición de la constitución en este campo se corrobora lo precedente. El constituyente no aceptó que fuera la Corte la

competente para decretar la medida, pese a que en los proyectos iniciales siempre figuró dicho organismo con ese poder. Estimó al final que uno era el juicio penal y otro el administrativo de responsabilidad política, sometidos a normas diferentes y con fines distintos.

Lo anterior pone de relieve las diferencias entre los dos juzgamientos el no condicionamiento del uno sobre el otro, porque mientras el congresista no aparece al proceso de desinvestidura, como un delincuente reo de un delito común ,sino como miembro de la corporación congresional para que se le investigue su conducta y se le deduzca su responsabilidad política por acción u omisión en el ejercicio del cargo o por violación de los regímenes de incompatibilidades o inhabilidades o de conflicto de intereses, el mismo congresista comparecerá al proceso penal como infractor de la ley penal, en idénticas condiciones probatorias y procesales a las demás personas cobijadas por la misma sindicación; salvo, claro está, en cuanto a que el juez competente para su juzgamiento será la Corte Suprema, en forma privativa (art. 186 de c.n.); y porque mientras el proceso de desinvestidura será breve y sumario, sometido al régimen probatorio propio del proceso administrativo (en la práctica el mismo del proceso civil), el proceso penal, con las etapas propias de éste (investigación previa, instrucción, captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional, habeas corpus, calificación y juzgamiento), será amplio y lleno de garantías procesales protectoras de la libertad del sindicado, estará sometido al régimen probatorio contemplado en el código de procedimiento penal en sus arts. 246 y siguientes.

El caso concreto:

En su solicitud inicial, la Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales señala como causases para que se declare la desinvestidura del señor congresista Ruiz Medina las contempladas en los numerales 1 y 4 del artículo 183 de la constitución,que a la letra dicen:

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

"4. Por indebida destinación de dineros públicos"

Aunque el escrito introductorio no es muy explícito, sí es, lo suficientemente claro para entender el porqué de la petición del ministerio público, el cual la formula apoyado en la investigación previa que adelantó ante la "Asociación Rafael Uribe Uribe" y que dejó ver una serie de anomalías y de movimientos bancarios irregulares de dineros correspondientes a auxilios parlamentarios.

En dicha solicitud se lee:

"En ejercicio de las funciones y facultades consagradas en la Constitución Nacional, en especial lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 277 y de conformidad con lo previsto en el artículo 184 de la misma carta, de la manera más respetuosa solicito a esa Honorable Corporación adelantar el proceso correspondiente para que, se decrete la pérdida de investidura de congresista que actualmente ostenta el doctor JAIRO JOSE RUIZ MEDINA.

"Como podrá verificarse con el estudio de las diligencias que se acompañan, de ellas se desprende que la conducta del doctor Ruiz Medina podría configurar la causal primera y/o la cuarta del artículo 183 de la Constitución Nacional, toda vez que el Congresista mencionado pudo adelantar gestiones ante entidades de Derecho Privado que manejan fondos públicos o reciben donaciones del Estado, contraviniendo así las prohibiciones del artículo 180 de la Carta o también pudo dar indebida destinación a los dineros públicos que bajo la figura de auxilios fueron decretados en favor de la Fundación Rafael Uribe Uribe."

Los anteriores puntos de vista fueron ampliados por el ciudadano interviniente Doctor Luis Guillermo Nieto Roa, quien luego de interpretar los hechos que se relacionan en la investigación de la Procuraduría, clarifica las causases formuladas en la solicitud inicial (1 y 4 del art.183).

Así frente a la primera sostuvo:

"2.1. Violación del régimen de incompatibilidades.

"2.1.1. De acuerdo con el artículo 180 de la Constitución, los congresistas no podrán: 1. desempeñar cargo o empleo público o privado .... 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."

"2.1.2. De las múltiples pruebas aportadas por la Procuraduría General de la Nación se desprenden los siguientes hechos incontrovertibles:

"I. Que el señor Jairo Ruiz Medina era, desde antes de su elección como congresista, Presidente de la Asociación Rafael Uribe Uribe, persona jurídica de derecho privado, cuyos estatutos determinan que la representación legal corresponde al Presidente. Elegido y posesionado

como congresista, no se retiró del cargo en la Asociación sino continuó desempeñándolo.

"II. El ejercicio del cargo, que se presume por el solo hecho de ostentar la calidad de Presidente y representante legal de la Asociación Rafael Uribe Uribe, se demuestra, además, en forma fehaciente en el expediente. Entre otras pruebas obran las declaraciones que bajo juramento hizo la señora Bertha Inés Nuñez, Tesorera de la Asociación, en las que explica de manera clara folio 159 del expediente) que "junto con el Dr. Jairo Ruiz Medina firmamos las cuentas,cheques, recibimos los auxilios, se verifican los estados de cuentas, se pagar, los auxilios". etc. Declaración que por la fecha en la que fué prestada es irrefutable que todo esto lo hacia el Sr. Ruiz Medina mientras ejercía el cargo de congresista. Y si fuera poco, la misma señora Núñez agrega que la sede de la Asociación queda "en la oficina 523 Edificio del Congreso" o sea la oficina que el Estado colombiano entregó al congresista Ruiz Medina para que desde allí despache los asuntos propios de su investidura.

"III. En el expediente aparece también, entre otras múltiples pruebas en igual sentido, y cito solo ésta para no extenderme demasiado, el informe de visita de la Procuraduría General de la Nación al Banco de Occidente, practicada en septiembre de 1.992 en donde el representante del Banco afirma que para efecto de las transacciones que a allí se realizan en cuentas o depósitos de la Asociación Rafael Uribe Uribe, "obra como representante legal el Sr. Jairo Ruiz Medina." Por la fecha, es obvio que tal sucedía varios meses después de iniciada la legislatura que comenzó el 1° de Diciembre de 1991.

"IV.- Si una vez elegido y posesionado como congresista el Sr. Jairo Ruiz Medina ejerció la Presidencia y la representación legal de la Asociación Rafael Uribe Uribe es evidente que violó el art. 180-1, de la Constitución que prohíbe "desempeñar cargo o empleo público o privado".
"V. En la misma declaración citada, la Señora Bertha Inés Nuñez afirma que "los pagos (de los dineros provenientes de los auxilios parlamentarios recibidos por la Asociación Rafael Uribe Uribe) los hace quien otorga los pagos (sic) que es el Dr. Jairo Ruiz Medina, él mismo gira el cheque y los firmamos los dos". Y agrega: "él es directamente quien maneja, es decir, dice si se paga o no el auxilio."

"VI. De estas palabras se desprende que Jairo Ruiz realizaba para la fecha de la declaración, o sea mientras ejercía el cargo de congresista, gestiones con personas jurídicas de derecho privado que recibían donaciones del Estado, cuestión explícitamente prohibida por el artículo

180-4 de la Constitución. En efecto, la Asociación Rafael Uribe Uribe existe plena prueba de ello en el expediente -recibió por varios años donaciones de fondos públicos, los llamados auxilios parlamentarios, y Ruiz Medina,siendo congresista, realizaba gestiones con y de dicha Asociación.

"2.1.3. Demostrado como se demuestra sin sombra de dudas por las muchas pruebas aportadas al expediente por la Procuraduría General de la Nación, que el Sr. Jairo Ruiz Medina violó el régimen de incompatibilidades por desconocer las prohibiciones de los numeros 1 y 4 del artículo 180 de la Constitución, es obvio que debe el Honorable Consejo de Estado decretar la pérdida de su investidura."

En relación con la causal 4 expuso:

"2.2. Indebida destinación de dineros públicos:

"La gran cantidad de pruebas que obran en el expediente, según los cuales el Sr. Ruiz Medina utilizó los recursos que como auxilios parlamentarios recibió la Asociación Rafael Uribe Uribe para fines contrarios a aquellos previstos en la Constitución y en la ley, me relevan de explicaciones o demostraciones adicionales. Bastame decir que si sólo un centavo se hubiera desviado,ya sería causal suficiente para decretarle la pérdida de su investidura. Qué no decir frente a la evidente desviación de varias centenas de millones de pesos?

Para la Sala la causal #1 alegada por la Procuraduría y respaldada por el coadyuvante,resultó probada dentro del proceso, como pasa a explicarse:

Si bien es cierto a la investigación preliminar adelantada por la Procuraduría no se vínculo formalmente al señor congresista Ruiz Medina (legalmente no había que hacerlo), no es menos cierto que esas diligencias averiguatorias se cumplieron en desarrollo del mandato contenido en la letra j) del artículo 23 de la ley 4a. de 1990, en cuya virtud la Procuraduría Delegada verificó no sólo el manejo de los auxilios destinados a la Asociación Rafael Uribe Uribe, sino la actividad gerencial que cumplió frente a la misma el Doctor Ruiz Medina. No se trataba, como lo dice el ministerio público, de una investigación disciplinaria, la que, en estricto sentido, no podía adelantar contra el mencionado representante, por ser otra la entidad competente para el efecto, sino el desarrollo de la función de vigilancia encomendada a la Procuraduría por la ley para los fines previstos en la misma; o sea, para controlar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre ordenación del gasto, designación y manejo

de auxilios, aportes y participaciones incluidos en el presupuesto nacional con destino a organismos y entidades oficiales y particulares.

Pero pese a no tener ese alcance disciplinario, las averiguaciones efectuadas por la Procuraduría en casos como el aquí estudiados cumplen una misión especifica,porque cuando detectan irregularidades en esos manejos, deberán ponerse en conocimiento de los organismos sancionadores competentes; organismos que no son otros que la Corte Suprema cuando esos hechos puedan implicar delitos (art.186 de la c.n.); el Consejo de Estado cuando puedan subsumirse en alguna causal de desinvestidura (artículos 183 y 184 *ibídem)*; y/o la Comisión Etica de la Cámara correspondiente (artículo 59 de la ley 5a. de 1992).

La averiguación adelantada por la Procuraduría en la "Asociación Rafael Uribe Uribe" está contenida en un documento público, otorgado por funcionario en ejercicio de su cargo; obro como prueba decretada oportunamente, dentro del presente proceso (ver auto de marzo 18 de 1993, a folios 311 y siguientes); y no fué tachada de falsa en el término legal (artículo 289 del c. de p. c.)

Quiere decir lo precedente que ese documento público hace fé de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en él hizo el funcionario que lo autorizó (artículo 264 del c. de p.c.)

El documento así analizado, reforzado con otros que obran en el expediente, prueba en forma plena o suficiente que el señor congresista Ruiz Medina, presidente de la "Asociación Rafael Uribe Uribe", desempeñó el cargo directivo en dicha persona jurídica privada y realizó gestiones ante la misma, encargada de administrar y manejar esos auxilios y ante otros organismos oficiales y privados (ver documentos a folios 3,7,8,9,10,11,12,29,35,71 y 137).

Impresiona de verdad que el señor congresista Ruiz Medina, dada la magnitud de los cargos enunciados por la Procuraduría,no se haya preocupado durante el proceso por desvirtuarlos o por lo menos explicarlos; constituyéndose así su conducta en un indicio mas de su responsabilidad política.

Lo precedente permite entender que la causal 1 del art. 183 está íntimamente vinculada con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades desarrollado, en su orden, por los artículos 179 y 180 de la misma carta política;y que para el caso en estudio la causal alegada en primer término por la solicitante y explicada por el ciudadano coadyuvante, está relacionada en forma específica con los numerales 1 y 4 de la última norma citada, ya que ningún congresista podrá "desempeñar cargo o empleo público o privado", ni podrá "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." ...

Muestra el expediente que la "Asociación Rafael Uribe Uribe"obtuvo el reconocimiento de su personería jurídica 'mediante resolución 181 de 1987, a petición de su presidente provisional, Doctor Jairo Ruiz Medina, para desarrollar los siguientes objetivos: "Propender por una mayor cohesión de las inter-relaciones de las clases sociales, proporcionando al pueblo las instalaciones y dotaciones que le permitan elevar su instrucción y cultura, formar líderes de la comunidad prestar a las masas de trabajadores servicios asistenciales de toda índole." (a folios 15 y 16, 70 C.#2)

También deja ver el acervo probatorio que el Doctor Jairo Ruiz Medina ha seguido ejerciendo en forma simultánea su cargo de representante a la cámara y sus funciones como presidente de la "Asociación" y en este último carácter gestionó varios encargos financieros, entre ellos los Occi-Renta Nos. 250.00034 por $100'000.000. y 25000091 por $15'000.000.oo (a fols. 3 y 7); celebró múltiples contratos de cuenta corriente con varios bancos comerciales y oficiales (a fols. 54 y 35); recibió cheques de la Asociación para su cobro por ventanilla o para su consignación en algunas de sus múltiples cuentas bancarias personales (ver acta a folios 213 y s.s.); y dió órdenes a las entidades bancarias para que expidieran cheques a nombre de la Asociación (a folios 9 y s.s.)

El cargo de presidente de la mencionada Asociación desempeñado por el señor congresista Ruiz Medina,se desprende así de la prueba documental aportada (acta de visita de 28 de octubre de 1992, a folios 209 y siguientes; copias de cheques de la Asociación girados a su nombre o recibidos por endoso, a folios 94 y s.s.c.#2; aperturas de cuentas y de encargos financieros, extractos bancarios, órdenes a los bancos; manejo de las cuentas etc.etc) y se corrobora con el testimonio extrajuicio (recibido bajo juramento en la etapa averiguatoria, a folios 15 y s.s.) de la señora Bertha Inés Núñez Calderón,tesorera de la Asociación, quien ante la Procuraduría puso de manifiesto, entre otras cosas que el Doctor Ruiz Medina es en la actualidad y desde hace varios años el gerente administrador de la "Asociación" encarada del manejo de los auxilios; que él hace directamente los pagos, mediante cheques que gira conjuntamente con ella; que el Doctor Ruiz señala a quienes se pagan esos auxilios; que lleva la contabilidad y los archivos de la "Asociación" y que, en fin, el Doctor Ruiz la administra desde su oficina en el Congreso (523), ya que ésta es también la sede de la misma.

Así de su declaración se destacan los siguientes apartes:

"PREGUNTADO: Sírvase decir si usted desempeña algún cargo en la ASOCIACION RAFAEL URIBE URIBE. En caso afirmativo desde cuándo, cuáles son sus funciones y donde tiene la sede dicha asociación ? CONTESTO: Si soy la Tesorera de la Asociación, desde el año de 1.985 o 1986 no recuerdo exactamente. Mis funciones son vigilar los libros junto con el doctor Jairo Ruiz Medina, firmamos la cuentas, cheques, recibimos los auxilios, se verifican los estados de cuenta, se paga los auxilios a las Juntas de Acción Comunal y creo que nada más. La sede funcionó en Leticia hasta 1989, yo viajé a Bogotá y en vista de que yo quedaba aquí en Bogotá se trasladó la sede aquí a Bogotá a la calle 39 No. 25-04 barrio la Soledad hasta agosto de 1990 cuando murió el doctor Hernando Turbay, en ese entonces como el doctor Jairo Ruiz era suplente del doctor Hernando Turbay por el Amazonas y el Caquetá en vista de la muerte de él se cerró la sede de la 39 y el doctor Jairo Ruiz atiende directamente desde el Congreso en la oficina 523, el teléfono es 827781. PREGUNTADO: Sírvase decir en qué lugar reposan los documentos tales como libros, archivo de cuentas y demás información de la asociación Rafael Uribe Uribe y quien maneja esta documentación ? CONTESTO: Alguna parte del archivo reposa en Leticia en la calle 8 con carrera 8 esquina. Actualmente los libros los maneja el doctor Jairo Ruiz directamente en la oficina del congreso, ya que él la trasladó al congreso. Yo soy la Tesorera y allá vemos las cuentas" PREGUNTADO: Sírvase decir qué funciones desarrolla la Asociación Rafael Uribe Uribe y si usted recibe algún sueldo por las funciones desempeñadas de Tesorera? CONTESTO: "la Asociación desempeña funciones de pago de auxilios a las comunidades indígenas de Leticia y juntas de acción comunal de los barrios. Yo no recibo ningún sueldo y lo hago ad honorem desde hace mas o menos seis años." PREGUNTADO: Sírvase decir si usted como Tesorera y el Doctor Jairo Ruiz Medina como Presidente de la Asociación RAFAL URIBE URIBE, han reunido las respectivas cuentas ante la Contraloria General de la República. Examen de cuentas en caso afirmativo ante cual oficina? CONTESTO: Se rindió cuentas hasta finales del año pasado en la Contraloría en Bogotá, en el edificio Colseguros en el piso 20 de la Contraloría General pero no recuerdo la dirección, inclusive se sacó el paz y salvo porque hace quince dias nos dieron un auxilio de $120'000.000." PREGUNTADO; Sírvase decir en qué bancos tiene cuentas corrientes, de ahorro o CDT la Asociación Rafael Uribe Uribe ? CONTESTO: "Tiene cuentas en el banco Ganadero de Leticia, Caja Agraria de Leticia, son cuentas corrientes y en Bogotá en la Caja Agraria oficina San Martín calle 33 con carrera 13. No tiene más cuentas, sólo esas tres. PREGUNTADO: Sírvase decir quién gira los cheques sobre los pagos de

los auxilios a las comunidades indígenas y juntas de acción comunal a que usted se refiere en respuesta anterior? CONTESTO: Los pagos los hace quien otorga los pagos que es el doctor JAIRO RUIZ MEDINA, él mismo gira el cheque y los firmamos los dos, ya que yo también tengo registrada mi firma en los bancos, pero es él directamente quien maneja es decir dice si se paga o no un auxilio. El maneja esta parte porque hay veces que las comunidades no cumplen con la documentación que se requiere y mientras no cumplen con esto no se puede pagar. En este momento hay cinco cuentas de juntas de acción comunal que no se les ha pagado auxilios porque no reúnen los requisitos, no tienen póliza de manejo, ni certificado de la Contraloria de buen manejo de auxilios anteriores? PREGUNTADO: Sírvase indicar qué bienes muebles e inmuebles posee la ASOCIACION RAFAEL URIBE URIBE y en caso afirmativo sírvase decir quien maneja o lleva el inventario de los mismos? CONTESTO: "Posee un establecimiento en el barrio barrio Once de Noviembre en Leticia, posee un lote en el Barrio El Porvenir de Leticia y está en proyecto la compra de un lote. Esa documentación del inventario la maneja el doctor Jairo Ruiz." PREGUNTADO: En concreto sírvase indicar en qué dirección se puede localizar la sede de la ASOCIACION RAFAEL URIBE URIBE y el archivo llevado por la misma sobre trámite y pago de inversión de auxilio? CONTESTO: En la oficina 523 del Edificio del Congreso."

Ante la claridad de los hechos y los elocuentes datos que muestra el acta levantada por el funcionario visitador de la Asociación, queda poco por decir. El señor congresista Ruiz Medina violó el régimen de incompatibilidades, concretamente las causales contempladas en los numerales 1 y 4 del artículo 180 de la carta, por haber ejercido cargo privado,en la forma analizada y probada atrás, simultáneamente con su desempeño como congresista (numeral 1); y por haber realizado gestiones ante persona jurídica privada encargada de manejar los auxilios (numeral 4) o, mejor, por haber gestionado por ella, lo que es más grave aún.

Se observa así frente a esta causal que el señor congresista no sólo no se contentó con llevar él mismo la representación de la Asociación, sino que se aprovechó de su cargo directivo para gestionar ante la misma, a través de los miembros de la junta directiva Señores Herman Domínguez Cala, vicepresidente, quien fué beneficiario de varios cheques (ver acta a folios 217 y 219), Bertha Inés Núñez Calderón, tesorera, beneficiaria de un cheque, por $2'000.000.oo a folios 223), Roque Arévalo, secretario, así mismo beneficiario de varios cheques (a folios 214, 222), Fernando Benitez, revisor fiscal, y de los vocales Teófila Vega C. Fabio Caicedo, José D. Miguel, Ricardo Gaona Reyes y Francisco T. a folios 211 y siguientes).

En otras palabras y como corolario de todo lo anterior, el Doctor Ruiz Medina ejerció el cargo privado para administrar los dineros provenientes de los auxilios parlamentarios que le fueron asignados.

Es tan notoria esta infracción y tan contundente el acervo probatorio recaudado en este proceso, que sobra entrar en la otra causal alegada, **"la indebida destinación de dineros públicos"**

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:

1) Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

2) Decrétase la pérdida de la investidura que de representante a la Cámara de Representantes tiene el señor Doctor Jairo José Ruiz Medina, por las razones expuestas en la motivación.

3) Tiénese como coadyuvante de la solicitud inicial al Doctor Luis Guillermo Nieto Roa.

4) Comuníquese esta decisión a la H. Cámara de Representantes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el dia 28 de septiembre de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Abella Zárate*, (salvamento de voto); *Clara Forero de Castro*, (aclaró todo); *Miren De La Lombana de Magyaroff*, (salvamento de voto); *Amado Gutiérrez Velásquez*, (salvamento de voto); *Alvaro Lecompte Luna*, (salvamento de voto); *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, (salvamento de voto); *Joaquín Barreto Ruiz*, (aclaró el voto); *Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez*, (aclaración de voto); *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Henández*, (aclaración de voto), *Carlos Arturo Orjuela Góngora*, (aclaración de voto); *Libardo Rodríguez Rodríguez*, (aclaración de voto); *Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno*, (aclaró voto); *Dolly Pedraza de Arenas*, (aclaró voto); *Yesid Rojas Serrano*, (aclaración de voto); *Miguel Viana Patiño*, (ausente).

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Nota de Relatoria: La aclaración y el salvamento de voto de los Sres., LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ y ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ respectivamente, son los mismos suscritos con ocasión del fallo de 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175, Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, Actor: Senado de la República, publicado en el Tercer Trimestre de anales de 1992. Igualmente la aclaración de voto del Dr. YESID ROJAS SERRANO es la misma suscrita con ocasión del Exp. AC-500, de octubre 5 de 1993, Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE

ARENAS, Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / SANCION PENAL / SENTENCIA PENAL (Aclaración de Voto)

Tratándose de las causales 4a. y 5a. de desinvestidura contempladas en el artículo 183 de la Constitución, es indispensable contar con la sentencia judicial condenatoria para dar trámite a la petición de pérdida de la investidura, pues tienen que ver con conductas que solo en la medida en que sean calificadas como delictuosas por la jurisdicción competente, acarrearán una sanción tan grave como la pérdida de la investidura del Congresista.

ACLARACION DE VOTO DE LOS CONSEJEROS CLARA FORERO DE CASTRO, DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, JOAQUIN BARRETO RUIZ Y DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. AC-534 Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Aún cuando compartimos la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en este proceso, nos permitimos aclarar nuestro voto, por estar en desacuerdo con algunos conceptos plasmados en la parte considerativa del fallo y de los cuales pudiera entenderse que en ningún caso la decisión de la Corte Suprema de Justicia, proferida en proceso penal adelantado contra un Congresista, tendría incidencia en un fallo de desinvestidura.

Pensamos, y así lo hemos manifestado en varias oportunidades, que tratándose de las causales 4a. y 5a. de desinvestidura contempladas en el artículo 183 de la Constitución, es indispensable contar con la sentencia judicial condenatoria para dar trámite a la petición de pérdida de la investidura, pues tienen que ver con conductas que solo en la medida en que sean calificadas como delictuosas por la jurisdicción competente, acarrearán una sanción tan grave como la pérdida de la investidura de Congresista.

Por otra parte, consideramos que siendo otra la causal probada en este caso, sobraba hacer alusión en las páginas 10 y 11 a la independencia de los juzgamientos.

Atentamente,

Clara Forero de Castro, Joaquín Barrero Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno

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

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 todas 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.

Referencia: Expediente AC-534. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

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 provisto 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, al igual que otros distinguidos colegas que también aclararon su voto, no estoy de acuerdo con algunos conceptos plasmados en la parte considerativa de la sentencia, de los cuales pudiera entenderse que en ningún caso la decisión de la Corte Suprema de Justicia adoptada en proceso penal adelantado contra un Congresista, tendría incidencia en un fallo que resuelva sobre la solicitud de pérdida de la investidura, pues ya la Sala anteriormente en otra decisión fué muy clara en el sentido de que tratándose de las causales 4a. y 5a. del art. 183 de la Carta, es indispensable la sentencia judicial condenatoria para dar trámite a la pérdida de investidura, pues son conductas que solamente pueden ser calificadas por la jurisdicción competente.

De modo que considerando que está probada, en el caso presente, la causal 1a. del art. 180 de la Carta, había lugar a decretar la pérdida de investidura en los términos del art. 183-1 *ib.*, voté favorablemente la ponencia presentada, pero con las aclaraciones ya expresadas.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha: *Ut Supra.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE ESTADO / SALA PLENA / COMPETENCIA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal (Salvamento de Voto)

Hasta la fecha en que se profirió la sentencia de pérdida de la investidura de Congresista en el presente caso, la incompetencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación para conocer de dicha acción constitucional. Además, por la no expedición de la ley que fije el procedimiento especial para el trámite del proceso.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

Referencia: EXPEDIENTE No. AC-504 Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Comedidamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala en el proceso de la referencia, por cuanto hasta la fecha en que se profirió la sentencia de pérdida de la investidura de Congresista del Dr. Jairo José Ruiz Medina venía sosteniendo la incompetencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación para conocer de dicha acción constitucional.- Además, por la no expedición de la ley que fije el procedimiento especial para el trámite del proceso, conforme lo prevé el inciso último del Art. 304 de la ley 5a. de 1992.-

Como tuve oportunidad de expresarle durante la discusión del proyecto esos dos aspectos adjetivos me impedian participar de la decisión mayoritaria, no obstante lo cual reconocí el acierto de lo resuelto en cuanto a su motivación de fondo.-

Santa Fe de Bogotá D.C., octubre 11 de 1993

Amado Gutiérrez Velásquez

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / CARGO PRIVADO
(Salvamento de Voto)

No cree el suscrito que el ejercicio de todo cargo privado sea causal de incompatibilidad con el desempeño del cargo de congresista. Porque no todo empleo de carácter privado puede suponer esa clase de incompatibilidad, debido a que los congresistas, sin duda alguna, conservan su calidad de ciudadanos y de personas que se desenvuelven en el mundo social, y así por ejemplo no ve el suscrito ninguna incompatibilidad del destino público respecto a que el senador o representante sea gestor de la administración en el edificio de propiedad horizontal donde habite, o presidente de un club social, que, generalizados, podrían tomarse como desempeño de cargo privado. Cuando el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución habla del desempeño de cargo o empleo público o privado como causal de incompatibilidad, se está refiriendo a aquellos que ejerzan una influencia tal que impida la diáfana transparencia con que deben desempeñarse los legisladores de la república.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO LECOMPTE LUNA

Referencia: Expediente No. AC-534 - ASUNTOS CONSTITUCIONALES Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

EN LA PROVIDENCIA APROBADA EN SESION DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1993 Y CALENDADA A PRIMERO (1o) DE OCTUBRE DEL MISMO AÑO. ASUNTOS CONSTITUCIONALES (SOLICITUD DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA DEL REPRESENTANTE DOCTOR JAIRO JOSE RUIZ MEDINA)-

Muy respetuosamente el suscrito magistrado salva voto en la providencia arriba referenciada, porque, no obstante estar de acuerdo en el decreto que ha proferido la Sala Plena por cuanto surge de los autos que hubo por parte del señor congresista Ruiz Medina "indebida destinación de dineros públicos", se aparta de algunos criterios muy generalizados acerca del ejercicio de cargo privado como lo analiza el fallo del cual se disiente. En efecto, no cree el suscrito que el ejercicio de todo cargo privado sea causal de incompatibilidad con el desempeño del cargo de congresista. Porque no todo empleo de carácter privado puede suponer esa clase de incompatibilidad, debido a que los congresistas, sin duda alguna, conservan su calidad de ciudadanos y de personas que se desenvuelven en el mundo social, y así por ejemplo no ve el suscrito ninguna incompatibilidad del destino público respecto a que el senador o representante sea gestor de la administración en el edificio de propiedad horizontal donde habite, o presidente de un club social, que generalizados, podrían tomarse como desempeño de cargo privado. Cuando el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución habla del desempeño de cargo o empleo público o privado como causal de incompatibilidad, se está refiriendo a aquellos que ejerzan una influencia tal que impida la diáfana transparencia con que deben desempeñarse los legisladores de la república.

Por esa generalización, el suscrito se aparta muy comedidamente de la sentencia en cuestión, insistiendo en que hubiera sido más acertado, en el caso *sub-judice*, apoyarse en la causal 4 del artículo 183.

Atentamente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha: *Ut supra*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE ESTADO / SALA PLENA / COMPETENCIA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

En el presente caso debía conocer del negocio la Sala Plena del Consejo de Estado. No hay procedimiento ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el particular en el término previsto por la Constitución y la ley. 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.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. AC-534 Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

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° 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*

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / COADYUVANTE
(Aclaración de Voto)

En el derecho procesal constitucional, y de suyo la pérdida de investidura reviste esta naturaleza, no es dable hablar de terceros coadyuvantes pues todos tienen la calidad de impugnantes conforme el art. 242 ord. 1o. de la C.N. La figura de coadyuvancia en principio es propia del procedimiento civil y está referida a la controversia de intereses particulares y por eso las aspiraciones del coadyuvante se limitan hasta las del titular de las pretenciones, es decir, no puede ir más allá.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N° AC-534 Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.-

Delanteramente hago la precisión que comparto en un todo tanto la motivación como la decisión de la Ponencia proyectadas por el H. Consejero Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y aprobada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación.

La aclaración de mi voto se endereza a fijar mi posición sobre la situación procesal del tercero Dr. LUIS GUILLERMO NIETO ROA a quien en la ponencia se le califica como coadyuvante.

En mi criterio en el Derecho Procesal Constitucional, y de suyo la pérdida de investidura reviste esta naturaleza, no es dable hablar de terceros coadyuvantes pues todos tienen la calidad de impugnantes conforme el art. 242 ord. 1° de la C.N. Se debe tener en cuenta que el proceso se inicia en ejercicio de un control político por parte del ciudadano o por la Mesa Directiva del Congreso y su fin es preservar el interés general que debe revestir la legitimidad de la Corporación. Entonces, la figura de la coadyuvancia en principio es propia del procedimiento civil y esta referida a la controversia de intereses particulares y por eso las aspiraciones del coadyuvante se limitan hasta las del titular de las pretenciones, es decir, no puede ir más allá.

Atentamente,.

Juan de Dios Montes Hernández

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / INTERVENCION DE TERCEROS (Aclaración de Voto)

En lo que tiene que ver con la intervención de impugnantes en esta clase de procesos, en mi opinión no tienen limitaciones de ninguna clase; es decir, que para todos los efectos pueden actuar y ejercitar los mismos derechos de una parte principal.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

A LA SENTENCIA PROFERIDA EL DIA 1o. DE OCTUBRE DE 1993 EN EL EXPEDIENTE No. AC-534.- ASUNTOS CONSTITUCIONALES.- (SOLICITUD DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA COMO CONGRESISTA DEL DR. JAIRO JOSE RUIZ MEDINA).- ACTORA: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION).-

Santa Fe de Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Si bien compartí en lo fundamental la providencia dictada en este asunto, considero conveniente recalcar los puntos de vista que expresé ante la Sala Plena durante su discusión, especialmente en lo que tiene que ver con la intervención de impugnantes en esta clase de procesos, en mi opinión no tienen limitaciones de ninguna clase; es decir, que para todos los efectos pueden actuar y ejercitar los mismos derechos de una parte principal. Así lo ha dicho en oportunidades anteriores la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en tratándose de acciones de nulidad; y estimo que este criterio tiene cabida en relación con las acciones ciudadanas como la que se ventiló en este caso.

Por lo demás, -con su venia-, hago mías las reflexiones del Consejero Dr. Juan de Dios Montes Hernández en su aclaración de voto, toda vez que las comparto en su integridad.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite / ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Informalidad.

Basta la simple solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano, para poner en movimiento la acción jurisdiccional de pérdida de la investidura de congresista. El artículo 301 de la ley 5a. de 1992 que regula la solicitud ciudadana, sólo exige que se presente la petición y se acompañen las pruebas, así sean sumarias, de los hechos en que se sustente. No puede por tanto el juez exigir requisitos diferentes ni dar aplicación en un procedimiento que por sus características especiales, señaladas desde la propia Carta, se distingue de cualquier otro procedimiento o acción judicial, al artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que regula las acciones contenciosas ordinarias.

CONGRESISTA - Incompatibilidades / CARGO PRIVADO / PERDIDA DE LA INVESTIDURA.

Dentro del período comprendido entre el lo. de diciembre de 1991 al 25 de junio de 1992, el demandado en forma simultánea con las funciones públicas de Senador de la República, desempeña la Presidencia de la Corporación Universidad Libre. Y no obsta para que hubiera incurrido en la incompatibilidad que el Senador hubiere ejercido el cargo sin remuneración, toda vez que lo que persigue la norma constitucional es la dedicación exclusiva del congresista al ejercicio de su función y precaver la posibilidad de un tráfico de influencias.

Por lo demás, -con su venia-, hago mías las reflexiones del Consejero Dr. Juan de Dios Montes Hernández en su aclaración de voto, toda vez que las comparto en su integridad.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite / ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Informalidad.

Basta la simple solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano, para poner en movimiento la acción jurisdiccional de pérdida de la investidura de congresista. El artículo 301 de la ley 5a. de 1992 que regula la solicitud ciudadana, sólo exige que se presente la petición y se acompañen las pruebas, así sean sumarias, de los hechos en que se sustente. No puede por tanto el juez exigir requisitos diferentes ni dar aplicación en un procedimiento que por sus características especiales, señaladas desde la propia Carta, se distingue de cualquier otro procedimiento o acción judicial, al artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que regula las acciones contenciosas ordinarias.

CONGRESISTA - Incompatibilidades / CARGO PRIVADO / PERDIDA DE LA INVESTIDURA.

Dentro del período comprendido entre el lo. de diciembre de 1991 al 25 de junio de 1992, el demandado en forma simultánea con las funciones públicas de Senador de la República, desempeña la Presidencia de la Corporación Universidad Libre. Y no obsta para que hubiera incurrido en la incompatibilidad que el Senador hubiere ejercido el cargo sin remuneración, toda vez que lo que persigue la norma constitucional es la dedicación exclusiva del congresista al ejercicio de su función y precaver la posibilidad de un tráfico de influencias.

EXP. -AC 500

PARTES - Representación / PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Funciones / LEGITIMACION PROCESAL.

La indebida representación se presenta cuando una de las partes sin ser hábil comparece al juicio o lo hace indebidamente representada, siendo el Procurador General de la Nación persona hábil y habiendo actuado en ejercicio de una petición pública ciudadana, no hay lugar a la ocurrencia de su representación indebida. Pero por otra parte como funcionario, actuó dentro del marco de sus funciones, pues se trata del Jefe del Ministerio Público a quien le corresponde defender los intereses de la sociedad y ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-
Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No. AC500 ASUNTOS CONSTITUCIONALES. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Procede la Sala a resolver sobre la solicitud de pérdida de investidura del Senador JOSÉ RAMON NAVARRO MOJICA formulada por el Procurador General de la Nación, con fundamento en los siguientes HECHOS:

"....El doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA incurrió en infracción del Articulo 180 de la Constitución, al desempeñar simultáneamente un empleo privado y el cargo de Senador de la República.

En efecto, el doctor NAVARRO, Senador No. 77 en el Tarjetón Electoral del 27 de Octubre de 1991, que comenzó a desempeñarse como tal el 1o. de diciembre del mismo año, desempeñaba para el 5 de marzo de 1992 fecha de la visita especial de la procuraduría (fl.99), a la vez el cargo de Presidente de la Consiliatura, Representante Legal de la Corporación Universidad Libre y Senador de La República" (fls. 129-130).

LA OPOSICION:

El Senador NAVARRO MOJICA mediante apoderado se opuso a la petición del señor Procurador argumentando que el artículo 282 de la ley 5 de 1992 establece las incompatibilidades de los congresistas, entre ellas la de

"desempeñar cargo o empleo público o privado" (causal la.) pero que el numeral 11 del articulo 283 *ibidem*, les permite "participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas" y el numeral lo, "ejercer la cátedra universitaria" que fue lo que él hizo en su condición de Presidente de la Consiliatura de la Universidad Libre, en donde dictó cátedras a los estudiantes y en donde organizó actividades culturales y educativas en favor de la juventud colombiana.

Concluye que por estas excepciones al régimen de incompatibilidades y por la prevista en el parágrafo del artículo 180 de la Carta, debe decretarse la excepción de fondo de inexistencia de incompatibilidades a él atribuidas.

Formuló además, las excepciones que denominó "indebida representación del demandante" e "ineptitud de la demanda".

INCIDENTE DE NULIDAD:

Dentro del término concedido para alegar de conclusión, el señor apoderado del senador NAVARRO MOJICA, luego de anunciar que proferir sentencia en este proceso sería incurrir en el delito de prevaricato que define y sanciona el artículo 149 del Estatuto de las Penas, porque la decisión sería manifiestamente contraria a los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y al artículo 304 de la ley 5 de 1992, toda vez que se estaría incumpliendo y no de cualquier manera sino en exceso, el término de 20 dias que establecen estas normas para el pronunciamiento del fallo respectivo y que el incumplimiento de los términos procesales constituye además falta contra la administración de justicia, sancionable disciplinariamente por el Consejo Superior de la Judicatura, solicitó la nulidad de todo lo actuado por haberse admitido una demanda que no reunía los requisitos y formalidades del artículo 143 del C.C,A., por habérsele dado al proceso el trámite del procedimiento ordinario, por carecer de competencia la Sala Plena Contenciosa para decretar la desinvestidura y por indebida representación del demandante.

La nulidad fué denegada por Providencia de la Sala Unitaria que fué confirmada por esta Sala mediante auto del 8 de septiembre de 1993.

ALEGATO DEL SENADOR NAVARRO MOJICA:

El señor apoderado en su alegato insiste en las excepciones de "indebida representación del demandante" e "inepta demanda" y en cuanto al fondo del asunto, dice que siendo la Justicia contencioso administrativa una justicia rogada, el juzgador no puede pronunciarse sino sobre lo pedido, que en este caso es la pérdida de investidura del Senador NAVARRO MOJICA por

encontrarse incurso en la causal la. del articulo 183 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 282 y 296 de la ley 5 de 1992, con exclusión de cualquiera otra aun cuando pudiere resultar probada.

Y para desvirtuar la causal invocada, presenta los siguientes argumentos:

l- Los numerales 1 y 11 del artículo 283 de la ley 5 de 1992 establecen como excepción al régimen de incompatibilidades "ejercer la cátedra Universitaria" y "participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas" y eso fue lo que hizo el Senador en su condición de Presidente de la Consiliatura de la Universidad Libre, como se demostró con los testimonios de los doctores Néstor Raul Sánchez Baptista, Alberto Quintero González, César Augusto Ahumada, y Luis Humberto Jiménez Romero, quienes depusieron que el doctor NAVARRO MOJICA dictaba clases en la Universidad y desarrollaba actuaciones académicas, y con el certificado expedido el 11 de junio de 1992 por el Secretario General de la Universidad sobre la liquidación de sueldos cesantías e intereses como profesor catedrático adscrito a la facultad de derecho durante el período comprendido entre el 11 de febrero y el 30 de marzo de 1992.

2- El empleo de Presidente de la Consiliatura de la Universidad Libre no es empleo público sino empleo privado regulado por contrato de trabajo presuntivo, pero como no hubo remuneración para el empleado, tampoco es empleo privado pues sin remuneración no existe contrato de trabajo de ninguna especie.

Que el Senador no recibió remuneración, fue probado con certificado expedido por el Síndico Gerente el 5 de marzo de 1992 en donde se hizo constar que Navarro Mojica devengó hasta el 15 de octubre de 1991 y que "en la actualidad no recibe ninguna remuneración como Administrativo en la Universidad" ;con el acta de visita especial practicada por la Procuraduría General a la Universidad en donde se dejó igual constancia; con las declaraciones de los testigos ya citados que coincidieron en que desde agosto o septiembre de 1991 el doctor Navarro Mojica fue mantenido en su cargo de Presidente de la Consiliatura pero sin remuneración salarial, y con el certificado expedido por el Secretario de la Universidad el 11 de junio de 1993 sobre que el doctor Navarro Mojica fue Presidente *ad honorem*, es decir sin sueldo "desde el 20 de marzo hasta el 25 de junio de 1992".

La Presidencia de la Universidad Libre es entonces una dignidad y no un empleo como lo precisa el parágrafo del articulo 40 de los estatutos del centro de educación superior al prescribir: "La Presidencia de la Universidad es una dignidad que se otorga a sus más destacados hijos y no constituye cargo

o empleo alguno"; como lo testimoniaron los declarantes oídos dentro del proceso; y como lo certificó el Secretario de la Universidad al hacer constar que fue un cargo *ad honorem.*

Por tratarse de una incompatibilidad, las causales son de interpretación restringida y por tanto no puede extenderse esta causal al desempeño de un empleo privado sin remuneración pues sin ella no sería empleo privado ni público.

3- A pesar de que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dice que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, el Procurador no hizo solicitud formal de pruebas sino que se limitó a adjuntar las recaudadas en la averiguación, entre las cuales hay muchas que no tienen valor de prueba por ser documentos privados que no fueron reconocidos dentro del juicio y sobre los cuales no operó la contradicción de la prueba.

La omisión del Procurador la reemplazó la ponente dándole una "ayudita" y decretándole de oficio pruebas no solicitadas, entre ellas el acto por el cual no declaró elegido al Senador, pero a pesar de ello la gran cantidad de documentos privados recaudados durante el averiguatorio no son pruebas.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La señora Procuradora Delegada en lo contencioso ante el Consejo de Estado pidió despachar desfavorablemente las excepciones propuestas y acceder a la petición de desinvestidura Formulada por el Procurador General de la Nación.

Sobre la excepción de indebida representación del demandante, expresó la Procuradora que tratándose de una acción pública, cualquier ciudadano está legitimado para presentar la solicitud, de manera que el Procurador General, aún obrando como ciudadano, tiene capacidad para comparecer al proceso; agrega que el inciso 5o. del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo exige la presentación del documento idóneo para acreditar el carácter con que el actor se presenta al proceso cuando éste tiene la Representación de otra persona, que no es el caso del *sub-lite.* Cita en su apoyo lo decidido sobre igual tema por la Sala Plena en sentencia de 8 de septiembre de 1992, Exp. AC 175.

Respecto a la excepción de inepta demanda dice, apoyándose en jurisprudencia de la Corporación, que ni en el art. 184 de la Constitución Nacional, ni en el articulo 301 de la ley 5 de 1990 se señalan exigencias o

requisitos formales para la viabilidad de la **solicitud** de pérdida de investidura de congresista y por ello pide se resuelva desfavorablemente la excepción.

En cuanto al asunto de fondo la señora agente del ministerio público conceptúa que debe darse prosperidad a la solicitud de pérdida de la investidura, toda vez que en el proceso se probó la calidad de congresista del doctor NAVARRO MOJICA; el actual ejercicio de sus funciones; su elección como Presidente de la Corporación Universidad Libre; que el mismo fue representante legal de ésta hasta mediados de 1992; y que también tuvo la calidad de Presidente de la Consiliatura; todo lo cual permite afirmar que el doctor NAVARRO MOJICA desde el 1o. de diciembre de 1991 hasta el 26 de marzo de 1992 ejerció simultáneamente con su calidad de congresista, un cargo privado, lo cual lo hace incurso en la causal de incompatibilidad invocada por el señor Procurador General de la Nación.

Afirma que es irrelevante que el cargo haya sido remunerado o no y que es curioso, por decir lo menos, que el mismo doctor NAVARRO MOJICA hubiere gestionado, aun cuando sin éxito, una reforma estatutaria para quitarle a la Presidencia de la Corporación la naturaleza de cargo o empleo citando desempeñaba tal cargo simultáneamente con el de Senador.

Dice igualmente que la actividad académica que también desarrollaba el doctor Navarro Mojica no alcanza a configurar la excepción al régimen de incompatibilidades que se consagra en el de la ley 5a. de 1992 porque tal actividad era atendida a la par con el cargo de presidente de la corporación, representante legal de la misma y presidente de la consiliatura.

No observándose nulidad alguna del Proceso y habiendo sido denegadas las nulidades procesales denunciadas por la parte demandada, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer término resolverá la Sala sobre las excepciones propuestas.

1- **Indebida representación del demandante.** La indebida representación del demandante fue alegada por la parte demandada como causal de nulidad del proceso y sobre ella resolvió esta Sala, confirmando la providencia de Sala Unitaria. La Sala Plena Contenciosa dijo entonces:

> "5.- En relación con la presunta nulidad por indebida representación de las partes (causal 7 del artículo 140 del C. de P.C.), es evidente que, como lo expresa el auto recurrido, de acuerdo con el articulo 143 de

Código de Procedimiento Civil, la nulidad por indebida representación sólo podrá alegarse por la persona afectada, lo cual debe entenderse que es por la parte indebidamente representada en cuanto es a ella a quien afecta la indebida representación ya que atenta contra su derecho a la defensa, de tal que en, el presente proceso no es la parte demandada, debidamente representada, quien pueda alegar como nulidad una posible indebida representación de la parte demandante." (fl. 481).

Por lo demás, los hechos invocados como fundamento de la excepción que el Procurador no probó su condición de tal ni presentó personalmente la petición no configuran representación indebida del demandante; la indebida representación se presenta cuando una de las partes sin ser hábil comparece al juicio o lo hace indebidamente representada, y siendo el Procurador General de la Nación persona hábil y habiendo actuado en ejercicio de una petición pública ciudadana, no hay lugar a la ocurrencia de su representación indebida. Pero por otra parte, como funcionario, actúo dentro del marco de sus funciones, pues se trata del Jefe del Ministerio Público a quien de conformidad con el articulo 277 de la C.N. le corresponde defender los intereses de la sociedad y ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeña funciones Publicas, inclusive los de elección popular. La excepción no prospera.

2- **Ineptitud de la demanda.**- Afirma el excepcionante que la demanda es inepta porque no reúne los requisitos que exige para toda demanda el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Debe reiterar la Sala en este Punto, que de conformidad con el artículo 18, de la Constitución Política, basta la simple solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano, para poner en movimiento la acción jurisdiccional de perdida de investidura de Congresista, solo exige que se presente la petición y se acompañen las pruebas así sean sumarias, de los hechos en que se sustente. No puede por tanto el juez exigir requisitos diferentes ni dar aplicación en un procedimiento que por sus característica especial distingue de cualquier otro procedimiento o acción judicial, al artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y que regula las acciones contenciosas ordinarias.

La solicitud presentada por el Procurador General de la Nación que dio inicio a este proceso, cumple con los requerimientos de la norma constitucional y con los del art. 301 de la ley 5 de 1992, pues en él se formula expresamente la solicitud de decreto de pérdida de investidura, y se acompañan las pruebas recopiladas en la investigación preliminar adelantada por la Procuraduría General que, en su sentir, demuestran la causal de desinvestidura invocada. No aparece probada en consecuencia, la excepción propuesta.

EL ASPECTO DE FONDO:

La solicitud de pérdida de investidura de Senador que ocupa a la Sala, se fundamenta en la causal 1a. del artículo 183 de la Constitución Política concretamente en la violación del régimen de incompatibilidad, por haber incurrido el Senador JOSE RAMON NAVARRO MOJICA en la prohibición contenida en el numeral 1o. del articulo 180 de la Carta: "desempeñar cargo o empleo público o privado".

La calidad de Senador de la República del doctor NAVARRO MOJICA y el ejercicio de sus funciones como congresista, se comprobó dentro del proceso con la copia de la resolución No. 121 de 1991 del Consejo Nacional Electoral que lo declaró Senador Elegido para el período que termina el 19 de Julio de 1994, y la certificación sobre toma de juramento el 1o. de diciembre de 1991 y ejercicio de funciones expedida por el Secretario General del Senado. (fls.322 y ss y 242).

Se probó igualmente que el 21 de septiembre de 1990, el Senador NAVARRO MOJICA fue elegido por la Sala General de la Universidad Libre como Presidente de la Corporación para el período 1990 a 1993 (fl.349) y que ejerció este cargo hasta el 25 de junio de fecha en que la Consiliatura de la Universidad declaró la pérdida definitiva de su carácter de miembro activo de la Corporación y la expiración del mandato otorgado por la Sala General como Presidente de ésta, por haber desempeñado simultáneamente los cargos de Presidente de la Universidad y Gerente de la Cooperativa Multiactiva Libreahorro con la que la Universidad tenía contratos o convenios de naturaleza económica, situación prohibida por el artículo 93 de los Estatutos (fls. 266 y 307).

También se probo que ejerció la cátedra en la facultad de Derecho durante el período comprendido entre el 11 de febrero y el 31 de marzo de 1992 (fl 266).

De lo anterior se desprende que dentro del período comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 al 25 de junio de 1992, el doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA en forma simultánea con las funciones públicas de Senador de la República, desempeñó la Presidencia de la Corporación Universidad Libre, hecho que por lo demás no discute el Senador.

De conformidad con los Estatutos de la Corporación (Acuerdo No 1 de 1986 de la Sala General, aprobado Por Resolución No. 07191 de 10 de julio de 1987. del Ministerio de Educación Nacional, fls. 270 a 286 vto), la Presidencia de la Corporación hace parte del gobierno de ésta (art. 23). y entre otras

funciones tiene la de representar legalmente a la Corporación; Presidir la Sala General, la Consiliatura, la Comisión de Planeación y Presupuesto y los Consejos Directivos Seccionales ordenar los gastos de funcionamiento, y celebrar por sí solo o con autorización de la Consiliatura, todo acto o contrato relativo a inversiones (art. 40).

Además, es un cargo de tiempo completo y de dedicación exclusiva, incompatible con el ejercicio de otros empleos públicos o privados de la misma dedicación (art. 92).

Cabe señalar que la norma estatutaria invocada por el demandado como el articulo 40, según la cual la Presidencia de la Universidad es una dignidad y no un empleo, corresponde también a una reforma estatutaria que se pretendió hacer al artículo 40 de los estatutos vigentes, y que tramitó el doctor NAVARRO MOJICA como representante legal de la universidad a finales de 1991, pero que a la postre no prosperó porque el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, según documento que obra a fls. 302 y ss. objetó el nuevo texto con el siguiente razonamiento:

> "...El artículo 25 del Acuerdo No 1 de 1991, que corresponde al artículo 40 de los estatutos propuestos, debe replantearse. En el parágrafo de este artículo se señala, que "... La Presidencia de la Universidad es una dignidad que se otorga a sus más destacados hijos y no constituye cargo o empleo alguno" (se subraya.).
>
> Los estatutos vigentes de la Corporación prevén tal dignidad, desempeñada a través de un cargo toda vez que el artículo 92 de los mismos, que se refiere a la incompatibilidad por tiempo, establece que "los cargos de Presidente ... y demás que, determine la Consiliatura, son de tiempo completo y por tanto incompatibles con el ejercicio de otros empleos públicos o privados de la misma dedicación."(se subraya)

De manera que aun cuando ciertamente el mismo precepto Constitucional exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria, y el artículo 283, numeral 11 de la ley 5 de 1992 permite la participación de los congresistas en actividades científicas, artísticas, culturales, es indudable que el desempeño de la Presidencia de la Corporación Educativa no puede confundirse con la cateara universitaria que también ejerció el senador en la facultad de derecho, ni con las actividades científicas, culturales o educativas que haya desarrollado desde la presidencia, según lo afirmaron los testimonios recibidos dentro del proceso, porque además del ejercicio de este tipo de actividades y de la catedra, el Senador ejerció las actividades administrativas y de representación legal propias del cargo de Presidente.

No puede aceptarse entonces, como lo pretende el demandado, que el desempeño de la Presidencia se subsuma dentro de la excepción constitucional ni dentro de las excepciones legales a la incompatibilidad primera del art.180 de la Carta.

Y no obsta para que hubiera incurrido en la incompatibilidad que el Senador hubiere ejercido el cargo sin remuneración, toda vez que lo que persigue la norma constitucional es la **dedicación exclusiva** del congresista al ejercicio de su función y **precaver la posibilidad de un tráfico de influencias**, pues así quedó consignado en el informe de ponencia publicado en la Gaceta Constitucional de 16 de abril de 1991 en donde se lee:

> 2- **INCOMPATIBILIDADES:**
>
> 2.1 OBJETO: Asegurar que el congresista no utilice su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios y crear condiciones para el mejor desempeño del cargo y para prevenir las acumulaciones de honores o poderes.
>
> .....
>
> Por otra parte el congresista debe ser alguien que dedique de manera real su capacidad de producción intelectual y su tiempo a las labores del parlamento.
>
> .....
>
> 2.3.3. El posible tráfico de influencias que permitiría la investidura parlamentaria, obliga a prohibir también el desempeño de cualquier otro cargo o empleo público o privado....."

El mismo planteamiento se repitió en la ponencia para primer debate en plenaria así:

> "5.2. **Incompatibilidades en el ejercicio del cargo:** Para este capítulo se contempla la necesidad de asegurar que el congresista no utilice su poder o influencia sobre otras ramas del sector público o sobre la comunidad en general para obtener privilegios (tráfico de influencias).

Además se consideró la búsqueda de mecanismos que aseguren la dedicación y eficiencia del parlamentario en la labor legislativa...."

Es obvio entonces que si al mismo tiempo que el Senador ejercía la senaturía de dedicación exclusiva, desempeñaba un cargo de tiempo completo y también de dedicación exclusiva, y desde el cual además ejercía la representación legal de una Corporación que tenía en ejecución un convenio de contenido económico con la Nación (fls.287 y ss.) y que venía recibiendo auxilios oficiales (fls. 313 a 320), incurrió en la prohibición constitucional, sin importar si devengaba o no remuneración o si tenía o no contrato de trabajo con la Universidad.

Finalmente la Sala debe consignar que el demandado tuvo oportunidad de controvertir todas las pruebas que hacen parte del expediente, aun las que se anexaron con la solicitud del señor Procurador, respecto de las cuales se ordeno tenerlas como prueba, y que ninguna de ellas fue tachada de falsa en la oportunidad legal (art. 289. C.P.C.) en cuanto al decreto oficioso de pruebas, debe reiterar la Sala que es deber del juez buscar la verdad real de los asuntos sometidos a su juzgamiento y para ello goza en el procedimiento ordinario de la facultad de ordenar pruebas de oficio cuando lo estime necesario, como lo prevé el articulo 209 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

NO PROSPERAN las excepciones propuestas.

DECRETASE la pérdida de la investidura de Senador de la República que ostenta el doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.052.650 de Cartagena (Bolívar).

Comuníquese esta decisión al H. Senado de la República y al Consejo Nacional Electoral.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Miren De La Lombana de Magyaroff*, (ausente), *Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta*, (aclaración de voto); *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez*, (aclaración de voto); *Juan de Dios Montes Hernández*, (aclaración de voto); *Dolly Pedraza de Arenas, Yesid Rojas Serrano*, (aclaración de voto); *Daniel Suárez Hernández*, (aclaración de voto); *Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno (aclaró).*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite (salvamento de voto)

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

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 José Ramón Navarro Mojica y no tramitarse el proceso, por las siguientes razones:

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

La Constitución Política de 1991 le asignó al Consejo de Estado una nueva competencia de carácter jurisdiccional y constitucional, en el artículo 237 ordinal 5o. y es la de "Conocer de los casos de pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la Ley".

De acuerdo con el texto anterior la competencia en referencia debe ejercerla el Consejo de Estado de conformidad con la Constitución, es decir, con base en las reglas señaladas en los artículos 183 (indica las causales de la

pérdida de la investidura) y 184 de la misma (determina el término de duración del proceso y quienes están legitimados para promoverlo), y la Ley.

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

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

II.- En la admisión de la solicitud de la pérdida de investidura del Senador José Ramón Navarro Mojica se contrarió en forma notoria y ostensible el artículo 184 de la Constitución Política.

Este precepto, al igual que los demás de la Carta, es norma de normas y prevalece sobre la ley o cualquiera norma jurídica, según el artículo 4o. de dicha Carta. Dado tal carácter, en el trámite de la pérdida de investidura de los congresistas deben atenderse plenamente sus ordenaciones: que se decrete, la desinvestidura "en un termino no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud", y que esta 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 dias), probatoria (10 a 60 dias) y alegatos (10 dias), 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 podía 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 (contentivo

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 Muñoz, Consejero.

CONGRESISTA - Incompatibilidades / CARGO PRIVADO / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Improcedencia (Aclaración de Voto).

No comparto la posición de aplicar, en materia de pérdida de la investidura de un congresista en cuanto hace relación a la violación del régimen de incompatibilidades por el desempeño de un "cargo o empleo ... privado"; la norma de manera exegética, es decir, sin tener en cuenta la intención del constituyente de 1991, que no fue otra que la de que los elegidos como congresistas pudieran dedicarse al cumplimiento de sus deberes como tales, dentro de las jornadas que pudieran denominarse laborales, es decir, dentro de los días y horas de sesión de las comisiones constitucionales y de las plenarias de Las Cámaras, lo que indubitablemente conduce a que no se configure la causal de la pérdida de investidura, cuando el congresista ocupa o desempeña ciertos cargos o empleos en el sector privado que no le impidan atender sus labores cotidianas

ACLARACION DE VOTO DEL DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente AC-500. Pérdida de investidura del Senador José Ramón Navarro Mojica. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

El motivo de mi aclaración de voto a la sentencia proferida por la Sala, es el de expresar que no comparto la posición de aplicar, en materia de pérdida de la investidura de un congresista en cuanto hace relación a la violación del régimen de incompatibilidades por el desempeño de un "cargo o empleo ...

privado" art. 183-1 en concordancia con el art. 180-1 de la Carta Política). La norma de manera exegética, es decir, sin tener en cuenta la intención del constituyente de 1991, que no fue otra que la de que los elegidos como congresistas pudieran dedicarse al Cumplimiento de sus deberes como tales, dentro de las jornadas que pudieran denominarse laborales, es decir, dentro de los días y horas de sesión de las comisiones constitucionales y de las plenarias de las Cámaras, lo que indubítablemente conduce a que no se configure la causal de pérdida de investidura, cuando el congresista ocupa o desempeña ciertos cargos o empleos en el sector privado que no le impidan atender sus labores cotidianas en aquellas, como, por ejemplo, el cargo de miembro de una Junta de Administración de una copropiedad, el de gerente de una sociedad de familia de aquellas que se han constituido para ciertos efectos, mas no para ejercer el comercio, por ejemplo; de pronto la presidencia honoraria o real de una asociación o corporación sin ánimo de lucro, y algunos otros que podrían encontrarse.

En síntesis, considero que en esta materia debe analizarse cada caso en concreto, para llegar a una conclusión sobre si el desempeño del empleo a cargo en el sector privado es de tal entidad que pugna o riñe contra la intención clara del constituyente.

Miguel González Rodríguez.

Fecha: *ut supra.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite / PRUEBA DE OFICIO - Improcedencia (Aclaración de Voto).

No tiene cabida en los procesos de pérdida de investidura de los Congresistas, las pruebas de oficio, puesto que la celeridad buscada por el constituyente a estas causas resulta contrariada con su decreto y práctica.

ACLARACION DE VOTO DEL *DR. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.*

Referencia: Expediente No. AC-500. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

Compartí y voté favorablemente la parte resolutiva de la sentencia por cuanto se acomoda en un todo a la Constitución, al Derecho y a la ley.

En cuanto respecta a la referencia que aparece, a página 16 del fallo (folio 509 del expediente), sobre el decreto de pruebas de oficio, especialmente al afirmar que "...debe reiterar la Sala que es deber del juez buscar la verdad real de los asuntos sometidos a su juzgamiento y para ello goza en el procedimiento ordinario de la facultad de ordenar pruebas de oficio cuando lo estime conveniente,...", el suscrito consejero se vio precisado a aclarar voto, dado que de tiempo atrás y hoy me reitero en ello, pienso que tal institución o deber del juzgador no tiene cabida en los procesos por perdida de investidura de los Congresistas puesto que la celeridad buscada por el constituyente a estas causas resulta contrariada con su decreto y práctica de pruebas de oficio.

SALA PLENA

En salvamento de voto del suscrito a la providencia de septiembre 14 de 1993, proferida en el expediente AC632; actor JOSEF NAMEN GORAYEB por la perdida de investidura del doctor Alvaro Araujo Noguera, expuse lo siguiente:

"El trámite sobre perdida de investidura Congresional es una actuación de suyo breve, según el alcance del articulo 184 de la Constitución Política. Si bien es cierto la Sala viene aplicando las normas propias del proceso ordinario, artículos 206 y ss del C.C.A. es tan solo por cuanto hasta el momento el Congreso no ha dictado la ley que estructura y regule dicho trámite especial. Entonces, frente a causales perentoriamente establecidas por la Carta Política, la solicitud respectiva bien sea originada en las Mesas Directivas del Senado o Cámara de Representantes, o por cualquier particular, será a dichos actores a quienes les compete acreditar legal y oportunamente la ocurrencia de esas circunstancias penalizadas con la desinvestidura del Congresistá. En esta clase de procesos, más que en cualquiera otro, la perentoriedad de los términos constitucionales y legales, y la aplicación estricta del principio de carga de la prueba, enunciado como *ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI,* se impone cual el que más.

Entonces, no hay lugar a decretar pruebas de oficio, o, dicho de otra manera, a proferir auto para mejor proveer en esta categoría de controversias".

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández.

Fecha: *ut supra*

Nota de Relatoría: A esta aclaración adhiere el Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Referencia: Expediente No. AC-500. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Por estar de acuerdo en todo con la aclaración de voto de mi ilustre colega DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, respecto de los planteamientos dados sobre la práctica de pruebas de oficio en los procesos de Pérdida de Investidura, me adhiero a ellos en su totalidad.

Atentamente,

Juan de Dios Montes Hernández

Fecha: *ut supra.*

CONGRESISTA - Incompatibilidades / CARGO PRIVADO / (Aclaración de Voto).

Creemos que en la medida en que el congresista ejerza adicionalmente una "dignidad" y no propiamente un "oficio, ocupación o destino", empleo público o privado según la Carta no se hace incurso en una de las causales constitucionales de incompatibilidad. O sea, que si esa dignidad o destino no corresponde a lo que en el sector privado es un verdadero contrato de trabajo y en el sector publico una relación legal o reglamentaria, o contractual administrativa con algún organismo oficial, no debe considerarse, porque ello representaría una injusticia, que ha transgredido sus deberes o violado las prohibiciones que la Carta Política y la ley le señalan.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

ACLARACION DE VOTO DE LOS CONSEJEROS CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA Y DIEGO YOUNES MORENO A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 5 DE OCTUBRE DE 1993 EN EL PROCESO AC 500 - ASUNTOS CONSTITUCIONALES. (SOLICITUD DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA COMO CONGRESISTA DEL DOCTOR JOSE RAMON NAVARRO MOJICA) Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Comedidamente nos permitimos aclarar que aunque compartimos la decisión adoptada en este asunto, estimamos pertinente hacer las siguientes precisiones al respecto:

1o. De suyo, consideramos que los artículos 179 y 180 de la Carta Fundamental están entrelazados y por ende, cuando el último señala que los congresistas no podrán desempeñar "cargo o empleo público o privado", es menester hacer una distinción semántica y jurídica en lo que hace con estos vocablos. En efecto, el Constituyente del 91 quiso profesionalizar la actividad política congresional; esto es, que quienes ostenten esa calidad de representantes del pueblo dediquen de manera preferente su tiempo y sus esfuerzos al logro de las metas que interesan primordialmente a la comunidad entera. Sin embargo, estas expresiones no pueden significar que de allí en adelante el respectivo Senador o Representante no pueda tocar parte en actividades de tipo gremial, social, científico, altruistas u otras similares, donde también jueguen un papel preponderante los intereses o fines comunes o generales. Nada obsta para que un congresista pueda ser miembro de un comité o junta de una entidad dedicada a labores filantrópicas; o a una institución científica o gremial como las academias, colegios de profesionales, clubes, etc.; o la que pueda ser designado miembro de la junta administradora: del barrio o del edificio en el cual habita con su familia; y de otra clase de organismos donde su calidad de congresista no tiene ninguna relevancia especial y por consiguiente, no va a significar disfrutar de prebendas o privilegios, o utilizar su investidura para obtener un provecho económico o comercial de índole particular, lo cual sí sería censurable, y contrario a los propósitos del Constituyente.

2o.) Otra cosa es el desempeño de cargos ó empleos de tiempo parcial o completo, en el sector privado o en el oficial, que por sus funciones o sus metas determinen un abandono o descuido por parte del congresista de sus deberes superiores como representante del pueblo, y a través de los cuales pueda invocar su investidura para perseguir u recibir favores, prebendas.;o beneficios que lesionen su sagrada tarea y deterioren su imagen como agente de la comunidad.

3o.) En consecuencia, creemos que en la medida en que el congresista ejerza adicionalmente una "dignidad" y no propiamente un "oficio, ocupación o destino",- empleo público o privado según la Carta, -no se hace incurso en una de las causales constitucionales de incompatibilidad. O sea, que si esa dignidad o destino no corresponde a lo que en el sector privado es un verdadero contrato de trabajo y en el sector publico una relación legal o reglamentaria, o contractual administrativa con algún organismo oficial, no debe considerarse, -porque ello representaría una injusticia, que ha transgredido sus deberes o violado las prohibiciones que la Carta Política y la ley le señalan.

4o.) Naturalmente, sería interesante tal vez lo mas conveniente, que el propio legislador se encargue de señalarle el alcance y contenido a estas

expresiones cargo y empleo, para evitar las confusiones que la ausencia de una definición puede engendrar.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

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

En anterior oportunidad si bien es cierto de la pérdida de la investidura conoce el Consejo de Estado, no lo es menos que aún no se ha expedido la ley que consagre la competencia en cabeza de alguna de las Salas o Secciones de la Corporación y que además determine las reglas relativas a la naturaleza de la acción, al procedimiento que debe adelantarse, a la procedencia, clase y trámite de los recursos, etc., aspectos todos ellos fundamentales e indispensables para darle plena aplicación a la nueva figura jurídica. Sin embargo, los nuevos planteamientos hechos en la Sala Plena dentro del expediente de la referencia y la aparición de normas legales contenidas en la Ley 5a. de 1992, me llevan a respetar el criterio mayoritario de la Sala y a suscribir con la sola aclaración de voto la providencia que define el presente asunto.

ACLARACION DE VOTO DEL *DR. YESID ROJAS SERRANO*

Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. AC-500 ASUNTOS CONSTITUCIONALES. Actora: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

SALA PLENA

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

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

> "1. El artículo 184 de la Constitución Política actual, establece que "la pérdida de investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley". Si bien es cierto que en virtud de la precitada disposición en concordancia con la contenida en la regla constitucional 237 numeral 5, puede decirse que de la pérdida de la Investidura conoce el Consejo de Estado, no lo es menos que aún no se ha expedido la ley que consagre la competencia en cabeza de alguna de las Salas o Secciones de la Corporación y que además determine las reglas relativas a la naturaleza de la acción, al procedimiento que debe adelantarse, a la procedencia, clase y trámite de los recursos, etc., aspectos todos ellos fundamentales e indispensables para darle plena aplicación a la nueva figura jurídica. (Subraya la Sala).
>
> "2. El mismo texto de la carta en cuanto a que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley, está Indicando que mientras que el legislador no desarrolle la norma constitucional contenida en el artículo 184, la modalidad de la pérdida de investidura no puede operar por sí sola, sino a través de la norma legal que la reglamente".

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

Atentamente,

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado.

PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite / PRUEBA DE OFICIO - Improcedencia / NORMA CONSTITUCIONAL / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (Aclaración de Voto).

No estoy de acuerdo con la prueba de oficio dentro de estos procesos. Pienso además, que en el futuro será necesario que la Corporación fije pautas jurisprudenciales orientadas a definir si la norma constitucional se debe aplicar en forma exegética, o si, por el contrario, como lo piensa quien suscribe, se puede dar el caso de normas constitucionales, que violen la constitución. Si una norma específica o casuística, o una cláusula general, viola los valores superiores del orden jurídico, como son los que se recogen en el artículo lo. de la Carta, se podrá inaplicar la hipótesis normativa por tal circunstancia. Pienso que ha llegado el momento, también para que por la vía jurisprudencial, se busque consolidar una filosofía respecto de la posición del Juez, ante la Ley injusta.

ACLARACION DE VOTO DEL *DR. JULIO CESAR URIBE ACOSTA*

Referencia: Expediente número AC-500 ACCION DE TUTELA. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Aclaro el voto dentro del negocio del rubro, porque no estoy de acuerdo con la prueba de oficio dentro de estos procesos. Pienso, además, que en el futuro,será necesario que la Corporación fije pautas jurisprudenciales orientadas a definir si la norma constitucional se debe aplicar en forma exegética, o si, por el contrario, como lo piensa quien suscribe, se puede dar el caso de normas

constitucionales, que violen la constitución. Es bien sabido que en ésta se recogen:

lo.- Normas Superiores del orden jurídico, político y constitucional;

2o.- Principios Constitucionales;

3o.- Cláusulas generales;

4o.- Normas específicas o casuística; y

5o.- Normas de tutela.

En este momento del discurso judicial me pregunto: Si una norma específica o casuística, o una cláusula general, viola los valores superiores del orden jurídico, cómo son los que se recogen en el artículo 1o. de la Carta, se podrá inaplicar la hipótesis normativa por tal circunstancia?

Pienso que ha llegado el momento, también, para que por la vía jurisprudencial, se busque consolidar una filosofía respecto de la posición del Juez, ante la Ley injusta. Delicado e interesante tema, que demanda prudencia jurídica y política.

Atentamente.

Julio César Uribe Acosta.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / INVESTIDURA DE TERCEROS

La Sala en aras de preservar el equilibrio procesal admite que, como ocurre en la acción pública de nulidad, cualquier persona pueda hacerse parte ara coadyuvar o impugnar la petición, pero únicamente en interés de la legalidad y no para ejercer facultades que en este proceso solo corresponden a quien hace la petición o a quien resulta afectado por ella. Los terceros intervinientes podrán apoyar o atacar la petición de desinvestidura con sus argumentos basados en el análisis de los hechos y de las pruebas, frente a las normas constitucionales y legales pertinentes, defendiendo así el orden jurídico.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-535 Asuntos Constitucionales Pérdida de Investidura. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

El ciudadano Héctor Arturo Moreno Morales actuando en su propio nombre, interpone recurso ordinario de súplica contra el auto del 13 de julio de 1993, proferido en Sala Unitaria por el Consejero Doctor Joaquín Barreto Ruiz.

EL AUTO SUPLICADO

Contiene dos decisiones a saber: a) No admite al ciudadano Héctor Arturo Moreno Morales como impugnante en este proceso y ordena devolverle la

documentación que presentó. b) Deniega la petición de suspensión del proceso, formulada por el Doctor Leovigildo Gutiérrez Puentes mediante apoderado.

Para negarse a admitir la impugnación del señor Héctor Arturo Moreno Morales argumentó el Consejero Ponente que si bien la solicitud de pérdida de la investidura de un Congresista puede ser formulada por cualquier ciudadano y en consecuencia coadyuvada también por cualquier persona que tenga tal calidad, como está dirigida obtener la desinvestidura de una persona determinada y no se trata de una acción de nulidad, solamente pueden ser impugnantes el miembro del Congreso afectado y quien demuestre tener interés en las resultas del proceso.

En cuanto a la solicitud de suspensión del proceso formulada por el Doctor Leovigildo Gutiérrez se dijo en el auto suplicado que no habiéndose fundamentado la petición de desinvestidura en las causales 4a. y 5a. del artículo 183 de la Constitución Política, el fallo que emita la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos materia del proceso que cursa en esa Corporación y que involucra al Doctor Gutiérrez Puentes, no influye en la decisión que se adopte en este caso respecto a la desinvestidura, sin perjuicio de que la conducta en que se fundamenta la petición que el Consejo de Estado tramita, pueda llegar eventualmente a originar responsabilidad penal.

EL RECURSO INTERPUESTO

Es necesario dejar en claro, que aún cuando pareciera que se recurre en su totalidad el auto de 13 de julio de 1993, el señor Héctor Arturo Moreno Morales solicita como consecuencia de la revocatoria, concretamente lo siguiente:

> "En consecuencia, respetuosamente solicito se acceda a reconocerme como parte IMPUGNANTE, revocando el auto recurrido, y en su lugar se le de trámite a mis pedimentos, los cuales reitero para que se decrete la NULIDAD que se advierte por la falta de competencia, o se INHIBA de proferir sentencia, o se absuelva al Doctor LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES de los presuntos cargos contenidos en sus (sic) escritos demandatorios, distantes de la coherencia y presición (sic) que se espera de quien dice ostentar la calidad en que actúa que dicho sea de paso, no se halla acreditada en este *libelo* introductorio de demanda, ni se ha procedido por mandato expreso del señor Procurador General de la Nación, cuyo desgaste innecesario en la administración de justicia, debe hacer esfuerzos para desentrañar la intención de la demandante, controvertida con lo que ella misma ha tenido legal y procedente."

Se fundamenta lo anterior en los artículos 23 y 29 de la Constitución, en cuanto obligan según el recurrente, a las autoridades y organismos Judiciales a resolver peticiones y a tramitar los asuntos observando el debido proceso y las garantías para quienes intervienen en él.

También en los artículos 229 y 229 de la Constitución, que establecen el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

Agrega el recurrente que como ciudadano en ejercicio su interés es luchar por la justicia, por los derechos contenidos en la Carta, lo establecido el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil, por ser normas de orden público de obligatorio cumplimiento.

Manifiesta que es vecino de Villavicencio, de donde proviene la investidura de representante a la Cámara que ostenta el Doctor Leovigildo Gutiérrez Puentes, y que "un fallo" produciría hondas repercusiones políticas al no oírse el pensamiento y el clamor del pueblo, "o de quienes vemos con asombro, que para esta clase de decisiones no haya un criterio unificado, ni se utilice la equidad, que debe existir, tanto para demandante y coadyuvante, que para demandado e impugnante".

Y agrega, finalmente: "el período como se resuelve, es cuestionable, porque hay H. Consejeros que ni siquiera han admitido demanda alguna, porque no se sigue el procedimiento especial judicial, para estos eventos, dándole prevalencia al derecho sustancial y no se ha expedido la ley que regule estas materias".

Para decidir SE CONSIDERA:.

Sea lo primero anotar, que el recurso de súplica está encaminado a obtener la revocatoria del auto de 13 de julio de 1993 en cuanto no fue reconocido como impugnador el señor Héctor Arturo Moreno Morales, y para que una vez admitida su impugnación se le trámite sus pedimentos de nulidad del proceso por falta de competencia, o se profiera fallo inhibitorio, o se absuelva al Dr. Leovigildo Gutierrez Puentes. En parte alguna de su escrito el señor Moreno Morales solicita la suspensión del proceso; y como no se refiere a ella, lógicamente no presenta ningún argumento para que se revoque esa decisión que está contenida en el mismo auto.

Por tanto la Sala interpreta que el recurso se circunscribe a la revocatoria de la decisión sobre inadmisión de la impugnación.

Los argumentos expuestos para ello son bastante confusos, no se refieren concretamente al punto controvertido. Los motivos de inconformidad son vagos e imprecisos.

No obstante lo anterior, la Sala analizará lo concerniente a la posibilidad de, que en estos procesos de pérdida de investidura congresional se admita la intervención de terceros para coadyuvar o para impugnar la petición presentada ante el Consejo de Estado.

La pérdida de investidura contemplada en la Constitución de 1991, debe ser decretada por el Consejo de Estado a petición de cualquier ciudadano, luego de un proceso que, por la celeridad con que debe adelantarse, por la finalidad que persigue, merece ser regulado especialmente por la ley, que atienda a esas particulares características.

Pero mientras ese procedimiento especial se expide, el Consejo de Estado que es el órgano competente para ello y que no puede negarse a administrar justicia y a dar cumplimiento a los artículos 183 y 184 de la Constitución, debe aplicar el procedimiento ordinario, como lo dispone el artículo 206 del C.C.A. Esta es la tesis mayoritaria adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y plasmada en varias providencias.

Sin embargo, la observancia del procedimiento ordinario no implica desconocimiento de las especiales características y finalidades de este proceso, características y finalidades que lo diferencian de los demás que se adelantan como consecuencia del ejercicio de las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo.

Una vez formulada la petición por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano, deberá ser estudiada y tramitada por la jurisdicción si reúne los requisitos mínimos exigidos para ello, atendiendo al criterio de celeridad máxima plasmado en la Constitución al señalar el término de 20 días.

Por tanto, todo aquello que tienda a dilatar el proceso debe rechazarse para no desvirtuar su naturaleza y los principios que lo informan, obviamente respetando el derecho de defensa del afectado.

Orientada por los anteriores criterios, y mientras la ley regula expresamente estos aspectos, la Sala en aras de preservar el equilibrio procesal admite que, como ocurre en la acción pública de nulidad, cualquier persona pueda hacerse parte para coadyuvar o impugnar la petición, pero, únicamente

en interés de la legalidad y no para ejercer facultades que en este proceso solo corresponden a quien hace la petición o a quien resulta afectado por ella.

Los terceros intervinientes podrán apoyar o atacar la petición de investidura, con sus argumentos basados en el análisis de los hechos y de las pruebas, frente a las normas constitucionales y legales pertinentes, defendiendo así el orden jurídico.

Así las cosas, debe revocarse el auto suplicado, solamente en cuanto negó la participación del señor Héctor Arturo Moreno Morales como impugnador en este proceso.

Las demás peticiones que fórmula con el recurso, deberán ser resueltas por el Consejero Ponente en su oportunidad.

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

RESUELVE:

Revocar la decisión contenida en el auto de 13 de julio de 1993, proferida por el Consejero Doctor Joaquín Barreta Ruiz, según la cual "No se admite al ciudadano Héctor Arturo Moreno Morales como impugnante de la acción".

Como consecuencia de lo anterior se dispone:

Téngase como IMPUGNANTE en este proceso al ciudadano Héctor Arturo Moreno Morales

Una vez ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho del Consejero Dr. Joaquín Barreto Ruiz para lo de su cargo.

Copiése y notifíquese.

Esta providencia fué aprobada por la Sala en sesión de Octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Dolly Pedraza de Arenas, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Carlos Betancur Jaramillo, Miren De La L. de Magyaroff,* (ausente)*; Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora,*(Con salvamento de voto) *Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño, Clara Forero de Castro, Miguel*

SALA PLENA

González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, (ausente)*; Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Nota de Relatoría: El salvamento y aclaración de los doctores CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA Y ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ refieren lo siguiente respectivamente: "Con todo respeto me permito manifestar que no comparto la providencia aprobada por la mayoría, en cuanto no obstante que reconoce al Dr. Héctor Moreno Morales como impugnante, le señala límites a su actividad dentro el proceso, porque la jurisprudencia ha dejado sentado en varios asuntos similares, que los intervinientes o impugnantes en esta clase de acciones públicas o ciudadanas) tienen siempre el carácter de principales y por consiguiente, no están limitados o atados por la conducta o el querer de quienes hayan iniciado el trámite de la acción o se encuentren involucradas en la misma. Por tanto, creo que debía reconocerse al impugnarle en esa calidad, pero con los mismos derechos y facultades de una parte principal". Por su parte el Dr. Ariza refiere: "Cuando comparto la decisión precedente, en el sentido de que cualquier persona, por el carácter de acción pública que tiene a referente a la pérdida de investidura de los Congresistas, puede intervenir como tercero, a título de coadyuvante o impugnante, disiento sin embargo de la motivación en cuanto se afirma que el procedimiento aplicable es el ordinario. Sobre el particular he considerado que, dado los términos en que está Concebido el artículo 184 de la Constitución Política, el plazo allí previsto solamente se puede salvaguardar mediante el procedimiento especial que señale la ley, el cual aún no se ha expedido. A este respecto me remito a las razones consignadas en los salvamentos de voto que he hecho en las "providencias optadas por la Sala en todos los procesos de pérdida de investidura".

ACCIONES POPULARES / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Sólo cuando la Constitución designa directamente la autoridad competente para ejercer determinada función, ésta podrá ejercerse sin acudir para ello a la ley, como es el caso de la institución de la pérdida de investidura de los congresistas consagrada en el artículo 183 de la Carta y atribuída directamente al Consejo de Estado por el artículo 184, lo cual le ha permitido, aplicarla desde un comienzo sin necesidad de esperar una ley que precisara dicha competencia. La Sala observa que el artículo 88 de la Carta, al consagrar las acciones populares advierte que la ley las regulará. Pueden ser diversos los objetos de estas acciones, algunos de los cuales, por cierto, ya se encuentran regulados en leyes que aunque anteriores a la nueva constitución son perfectamente compatibles con ella, por lo cual su viabilidad actual es perfectamente posible. Otras posibles acciones populares, como la que dice plantear el accionante en el presente caso, sólo podrán tramitarse cuando la ley las regule y determine específicamente los jueces competentes a conocer de ellas. No son válidas las argumentaciones del recurrente en el sentido de que cualquier autoridad judicial, entre ellas el tribunal administrativo o esta Corporación, sean competentes para conocer de la acción intentada, y menos que deban aplicar el procedimiento abreviado como norma subsidiaria, pues para aplicar cualquier procedimiento se requiere ante todo la competencia expresa.

Consejo de Estado -Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Santa Fe de Bogotá ,D.C seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y tres(1993).

SALA PLENA

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Expediente: No.AC-1232. Actor: FERNANDO GONZALEZ CIFUENTES.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por accionante contra la providencia de fecha 12 de agosto de 1993, emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante la cual se inadmitio por falta de jurisdicción la acción intentada.

I.- ANTECEDENTES

El ciudadano Fernando Ganzález Cifuentes, con fundamento en el artículo 88 de la Constitución Política, ejerce la ACCION POPULAR "en favor de los funcionarios de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de la justicia penal militar y contra la Nación, Gobierno Nacional, Ministerio de Justicia y Derecho (sic) y del Consejo Superior de la Judicatura".

Como hechos que fundamentan su acción, el solicitante menciona la expedición de los Decretos 51, 57 y 118 de 1993, por los cuales se dictaron unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la rama judicial, del ministerio público y de la justicia penal militar, con base en las Leyes 50 de 1990 sobre nuevo régimen salarial para los empleados con vinculación anterior al lo. de enero de 1991, y 4a. de 1992 sobre régimen salarial de los funcionarios públicos.

Expresa que en enero de 1993, el señor Ministro de Justicia y del Derecho expide una circular invitando a los jueces y demás funcionarios judiciales a acogerse al nuevo sistema salarial sobre la base de sus ventajas, entre ellas la rentabilidad que genera la colocación de las cesantías en uno de los Fondos creados por la Ley 50 de 1990. Posteriormente el Consejo Superior de la Judicatura envía a los despachos unos formularios para que los funcionarios indiquen su decisión de acoger o no la oferta del Gobierno. Agrega que muchos funcionarios acogieron la propuesta, renunciando a las ventajas y derechos que poseían, pero transcurridos más de cinco meses no han recibido el pago de sus cesantías o la consignación en uno de los fondos autorizados por la ley, lo cual acarrea innumerables perjuicios a los citados funcionarios y hace procedente la accion popular "para protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio".

Como consecuencia de lo anterior plantea como pretensiones que se ordene a la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura el pago inmediato de las cesantías y demás prestaciones sociales a favor de los funcionarios que se acogieron al nuevo régimen salarial; que se condene a las mismas entidades "al

pago del 10% del costo del resarcimiento del daño causado a los funcionarios afectados y en favor del actor de esta accion popular";que dado que no se han regulado las acciones populares que se de trámite especial previsto en los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 y las normas concordantes con la accion popular de que habla el Código Civil; y que se condene a la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura al pago de las costas del proceso.

II.-LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Mediante la providencia recurrida, el Tribunal de instancia inadmitió la demanda por falta de jurisdicción, fundamentado esencialmente en que las acciones populares requieren reglamentación legal y que en cuanto al procedimiento, el articulo 49 del Decreto 2651 de 1991, por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales preceptúan que ellas se tramitarán mediante el procedimiento abreviado en dos instancias (arts. 408 y s.s. del C.P.C.) Procedimiento que no existe en el Código Contencioso Administrativo, de donde se concluye que al Tribunal no se le ha atribuído competencia para conocer de estas acciones tendientes a la defensa de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, como es la petición contenida en esta acción.

III.-EL RECURSO INTERPUESTO

En el escrito que contiene el recurso, así como en memorial presentado posteriormente, el accionante sustenta su disentimiento con la providencia de primera instancia en los siguientes argumentos:

1.-El Constituyente no solo consagró los derechos fundamentales sino mecanismos.de protección de dichos derechos y del orden público.

2.-Dado que el Constituyente instituyó la acción de tutela y las acciones populares para buscar un pronto o inmediato restablecimiento del derecho, no puede remitirse el problema planteado a los trámites de la justicia ordinaria.

3.-Si bien el Decreto 2651 no es la respuesta al mandato constitucional del artículo 88, tampoco debe entenderse como una limitante a que cualquier autoridad judicial conozca de las acciones populares, por lo cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tiene plena jurisdicción y competencia, así sea aplicando el procedimiento abreviado de que trata el Código de Procedimiento Civil, como norma subsidiaria a la cual remite el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

4.-La Ley 153 de 1887, en su artículo 43 estableció la prohibición para los Jueces de argumentar silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley para no conocer de los casos que le son planteados.

5.- El artículo 87 de la Constitución debe ser interpretado en forma amplia, en el sentido de que puede acudirse ante toda autoridad judicial, como es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

6.-Con base en el principio de la eficacia, consagrado en el artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo, se debe aplicar, el procedimiento abreviado dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

7.-La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha sido clara en señalar la prevalencia del interés general como una de las bases del Estado Social del Derecho y la garantía de efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución como uno de los fines del Estado.

8.-En los proyectos de ley Nos. 20 y 069 de 1993, que cursan en el Congreso, se prevé que los tribunales administrativos y los jueces del circuito serían competentes en primera instancia para conocer de las acciones de tutela y la Sección Segunda del Consejo de Estado y la Sala Civil de los Tribunales Superiores lo serían en segunda instancia.

IV.-CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo primero que hace notar la Sala es que si bien el accionante dice de manera, expresa ejercer la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución, en su escrito de apelación hace referencia en uno de sus argumentos al artículo 87 de la misma Carta, norma esta que no es aplicable en el caso concreto por referirse a una acción de cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

En relación con los demás argumentos que sustentan el disentimiento del actor la Sala considera lo siguiente:

1.-Si bien es cierto que el constituyente no sólo consagró lo derechos y garantías de las personas sino también los mecanismos para su protección , no lo es menos que estos últimos por lo general, requieren un desarrollo legal que incluya los elementos básicos para hacer su efectiva su aplicación, especialmente en lo referente a la competencia y al procedimiento ,teniendo en cuenta que es principio fundamental de todo Estado de Derecho que las autoridades publicas solo pueden hacer aquello que la Constitución y la ley asigna,a diferencia de los particulares que pueden hacer todo aquello que no les este prohibido , hasta el

punto que las primeras son responsables por extralimitación de funciones, de donde resulta que la competencia debe ser expresa (art.6o. de la Constitución política).

2.-De tal manera que sólo cuando la constitución designa directamente la autoridad competente para ejercer determinada esta podrá ejercerse sin acudir para ello a la ley, como es el caso de la institución de la pérdida de la investidura de los congresistas consagrada en el artículo 183 la carta y atribuída directamente al Consejo de Estado por el artículo 184, lo cual le ha permitido, como lo hace notar el actor, aplicarla desde un comienzo sin necesidad de esperar una ley que precisara dicha competencia.

3.-En relación con el procedimiento, si bien también es cierto, como lo argumenta el actor, que el artículo 43 de la Ley 153 de 1887 prohibe a los jueces abstenerse de conocer y fallar los casos que le son planteados argumentando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, hasta el punto que si no existe procedimiento expreso o especial el juez debe acudir al procedimiento ordinario establecido en los diferentes estatutos procesales, como igualmente ha sucedido con la figura de pérdida de investidura de los congresistas, la aplicación de cualquier procedimiento está sometida, obviamente, a la existencia de competencia expresa.

4.-Concordantemente con lo anterior, la Sala observa que el artículo 88 de la Carta, al consagrar las acciones populares advierte que la ley las regulará "para la protección de los derechos colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella". De tal manera que pueden ser diversos los objetos de estas acciones, algunos de los cuales, por cierto, ya se encuentran regulados en leyes que aunque anteriores a la nueva Constitución son perfectamente compatibles con ella, por lo cual su viabilidad actual es perfectamente posible. Tal es el caso, a título de ejemplo, de las acciones populares consagradas en el artículo 1005 del Código Civil en favor de los caminos, playas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, así como en el artículo 8o. de la ley 9a. en relación con los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente, las cuales por ser de naturaleza civil, están sometidas a las competencias previstas en las normas correspondientes y es a ellas a las que se refiere el artículo 49 del Decreto 2651 de 1991, citado en la providencia recurrida, a fin de precisar que se tramitarán mediante el procedimiento abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil.

5.-De lo anterior se desprende que otras posibles acciones populares, como la que dice plantear el accionante en el presente caso, solo podrán

tramitarse cuando la ley las regule y determine específicamente los jueces competentes para conocer de ellas.

En consecuencia, no son válidas las argumentaciones del recurrente en el sentido de que cualquier autoridad judicial, entre ellas el Tribunal Administrativo de Cundinamarca o esta Corporación, sean competentes para conocer de la acción intentada, y menos que deban aplicar el procedimiento abreviado como norma subsidiaria, pues para aplicar cualquier procedimiento se requiere ante todo, como quedó dicho, la competencia expresa.

Obviamente, como el mismo recurrente lo reconoce, la existencia y trámite actual de algunos proyectos de ley en los cuales se precisa la competencia para esta clase de acciones, no permite llenar los vacíos existentes en esta materia.

Por todo lo anterior, la providencia recurrida debe ser confirmada.

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

R E S U E L V E:

CONFIRMASE la providencia recurrida, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 12 de agosto de 1993.

En firme la providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

ACCIONES POPULARES / COMPETENCIA / NORMA CONSTITUCIONAL / Desarrollo Legal / DEMANDA - Inadmisión (Salvamento de Voto)

Solo cuando hay competencia hay procedimiento. A *contrario sensu*, como sucede con las acciones públicas previstas en los artículos 87 y 88 de la carta, en las que no se precisa cuál es el juez, deberá inadmitirse la solicitud, en espera de la regulación legal correspondiente.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente No AC-1232. Actor: FERNANDO GONZALEZ CIFUENTES. Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez R.*

Me separo, con todo respeto de la decisión mayoritaria. Comparto en su integridad la salvedad hecha por el señor Consejero Suárez Hernández y agrego:

1) Sólo cuando hay competencia hay procedimiento. Hasta el punto que cuando la ley no lo establezca específicamente deberá cumplirse el proceso ordinario, por expreso mandato de la ley (art. 206 del c.c.a.)

2) A *contrario sensu*, como sucede con las acciones públicas previstas en los artículos 87 y 88 de la carta, en las que no se precisa cuál es el juez, deberá inadmitirse la solicitud, en espera de la regulación legal correspondiente.

3)En el caso planteado no se dan siquiera los supuestos para una acción pública. Nadie podrá pedir de manera general que se le reconozcan los derechos sociales a los demás. Frente a estos derechos, cada interesado debera solicitar su reconocimiento ante la adiministración, para una vez agotada la vía gubernativa, acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento.

Acción que solo podrá instaurarse por persona legitimada, con interés para actuar y dentro del plazo señalado en la ley.

4) Además, y como si fuera poco el señor González Cifuentes no acreditó ser el representante de los funcionarios de la rama jurisdiccional de ministerio público y de la justicia penal militar. Se está arrogando una representación que ni siquiera se le daría como agente oficioso.

Atentamente

Carlos Betancur Jaramillo

Santa Fe de Bogotá D. C. octubre 21 de 1993

ACCIONES POPULARES / COMPETENCIA / DEMANDA - Inadmisión / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal (Salvamento de voto)

Al no estar regulado el aspecto de la jurisdicción y de la competencia en materia de acciones populares de origen constitucional (art 88), debe inadmitirse cualquier solicitud al respecto y por consiguiente si tal determinación fuere objeto de recurso de apelación, ésta deberá inadmitirse sin entrar en consideraciones de ninguna naturaleza. Habrá que esperar que la legislación determine la jurisdicción y atribuya la competencia para que resulte procedente el ejercicio de estas acciones.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Referencia: Expediente No.AC-1232. Actor: FERNANDO GONZALEZ CIFUENTES. Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez R.*

Con el comedimiento que siempre profeso a la Sala, disentí de la decisión tomada por la inmensa mayoría, en cuanto a pesar de insistirse a lo largo de toda la providencia que las acciones populares de origen constitucional, prevista por el artículo 88 de la Carta Política, no pueden ser operantes hasta tanto la ley las regule, especialmente en punto tocante con la atribución de competencias, la Sala desemboca, inexplicablemente, arrogándose jurisdicción y competencia que no le han sido asignadas por el legislador para terminar confirmando la providencia inadmisoria materia de apelación. Mi punto de vista, muy sencillo por cierto, puede resumirse en lo siguiente:

SALA PLENA

Al no estar regulado el aspecto de la jurisdicción y de la competencia en materia de acciones populares de origen constitucional (art 88), debe inadmitirse cualquier solicitud al respecto y por consiguiente si tal determinación fuere objeto de recurso de apelación, ésta deberá inadmitirse sin entrar en consideraciones de ninguna naturaleza. Habrá que esperar que la legislación determine la jurisdicción y atribuya la competencia para que resulte procedente el ejercicio de estas acciones.

Respetuosamente,

Daniel Suárez Hernández

Fecha: *Ut Supra*

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

El decreto de pérdida de investidura es un acto de naturaleza judicial es decir, que tiene el carácter de sentencia. En consecuencia si el segundo inciso del artículo. 236 de la Carta enseña que para efectos de separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la constitución y la ley, el Consejo de Estado se dividirá en salas y secciones, y siendo la Sala de lo Contencioso Administrativo la única que, en pleno, ejerce el mencionado destino al tenor de los artículos 97 y 128 del C.C.A., es de inferir que la competencia para conocer tales asuntos radica en esta Sala.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite / PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El artículo 184 de la Carta precisa que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado *de acuerdo con la ley...*" (se subraya). De manera que se está refiriendo a algo que ya existe, a la Ley, en el sentido amplio pero también exacto de la palabra. Como lo ha indicado tantas veces esta Sala, el artículo 45 del decreto ley 2304 de 1989, que subrogó el artículo, 206 del C.C.A., establece un procedimiento ordinario previsto para aquellos asuntos o litigios para los cuales no haya uno especial. De modo que mientras una ley no demarque un derrotero distinto que permita tramitar la solicitud de pérdida de la investidura en un término tan breve como el que señala el artículo se impone la aplicación de esas normas.

SALA PLENA

PERDIDA DEL LA INVESTIDURA - Informalidad

En los casos de pérdida de investidura de congresista basta al tenor de la de la ley, una simple "solicitud formulada por la mesa directiva o por cualquier ciudadano..." por lo cual obviamente esa solicitud sólo debe contener unos elementos mínimos de información para el juez, de los cuales éste pueda deducir que se trata del ejercicio de la facultad conferida por el artículo 184 de la carta, y la causal o causales que la fundamentan y su respaldo probatorio.

CONGRESISTA - Inhabilidades / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / SANCION PENAL

Las causales de inhabilidad muestran que el ciudadano que se encuentre incurso en alguna de las señaladas en el artículo 179 de la carta, tiene un impedimento de orden constitucional para ser congresista. En otras palabras, esa inhabilidad no es sólo para la elección sino para el ejercicio posterior. En esta última hipótesis la inhabilidad tiene un alcance de causal de desinvestidura. Está demostrado con documento auténtico e idóneo, que el 6 de julio de 1977 el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá revocó la sentencia absolutoria proferida por el juzgado 18 penal municipal de Bogotá y en su lugar condenó entre otras personas, a Juan Fernando Góngora Arciniegas a la pena principal de 18 meses de presidio como responsable del delito de lesiones personales y a una multa de 200 pesos y lo condenó además a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal. Esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debe decretar la pérdida de la investidura de congresista que ostenta el representante a la Cámara.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. AC-430. ASUNTOS CONSTITUCIONALES - (PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA)- Que ostenta el representante a la Cámara doctor Juan

Fernando Góngora Arciniegas. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Corresponde a esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en ejercicio de la atribución que le fuera otorgada por el artículo 184 de la Constitución Política, examinar si, de acuerdo al informe evaluativo enviado por el abogado asesor adscrito a la Viceprocuraduría General de la Nación, es dable o no decretar la pérdida de la investidura de congresista que ostenta el doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas su condición de representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Cundinamarca para el período constitucional en curso, porque posiblemente, según dicho informe, se encuentra incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 1o. del artículo 179 de la Carta, por haber sido condenado a la pena de dieciocho meses de presidio, según sentencia de 16 de julio de 1977, proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, por el delito de lesiones personales.

I. TRAMITE DE LA SOLICITUD

Inicialmente, el magistrado sustanciador del proceso que tuvo origen en la solicitud del funcionario de la Procuraduría, la inadmitió por considerar que ante la Inexistencia de una ley que señale el procedimiento especial para tramitar y decidir esta clase de asuntos, éstos no pueden tramitarse. Sin embargo, mediante auto calendado a 19 de febrero de 1993 esta Sala Plena, ante la súplica interpuesta, revocó el auto inadmisorio de 23 de noviembre de 1992 por mayoría y, en su lugar dispuso admitirla "por reunir los requisitos legales", y ordenó darle el trámite previsto para el Juicio ordinario contencioso administrativo señalado en los artículos 207 y ss. del C.C.A.

Notificado el auto admisorio de la demanda al ministro de gobierno y al apoderado especial del congresista Góngora Arciniegas, dentro de la oportunidad señalada para ello por la ley, éste contestó la demanda oponiéndose a lo solicitado y proponiendo la excepción de falta de demanda en forma.

Dentro del término, se dio traslado a las partes y al ministerio público para alegar de conclusión presentándolos a través del procurador séptimo delegado en lo contencioso administrativo ante esta corporación y el apoderado de la parte demandada. Aquél insiste en impetrar la pérdida de la investidura del congresista demandado por hallarse demostrado que Góngora Arciniegas fué condenado a pena privativa de la libertad por un delito no político ni culposo que encuadra dentro de la inhabilidad establecida en el ya citado numeral 1o. del artículo 179 de la Constitución. El mandatario del representante Góngora reitera sus planteamientos en cuanto a que debe prosperar la excepción de inexistencia de demanda en forma.

SALA PLENA

Negada que fué la ponencia original de fallo del magistrado sustanciador, el presente proveído recoge el criterio de la mayoría de la Sala Plena con los argumentos que se dirán seguidamente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- De la competencia del Consejo de Estado.

La competencia del Consejo de Estado emana de lo dispuesto por el artículo 184 de la Constitución, que dice a la letra:

> "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 dias hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano."

Ahora bien el art. 297 de la Ley 5 de 1992 expresa claramente que el decreto de perdida de la investidura a que se refiere la norma constitucional transcrita es un acto de naturaleza judicial es decir, que tiene el carácter de sentencia. En consecuencia si el segundo inciso del artículo 236 de la Carta enseña que para efectos de separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la constitución y la ley, el Consejo de Estado de dividirá en salas y secciones, y siendo la Sala de lo Contencioso Administrativo la única que, en pleno, ejerce el mencionado destino al tenor de los artículos 97 y 128 del C.C.A., es de inferir que la competencia para conocer tales asuntos radica en esta sala. Es decir, que al precisar aquella norma que dicha acción y el decreto que le pone fin tienen el sello de lo judicial, si interviniera en ellos la Sala Plena de toda la corporación, sus actuaciones y pronunciamientos tendrían otro carácter y muy diverso, como se infiere de la lectura del artículo 96 del Código Contencioso Administrativo.

Además, resulta evidente, como hubo oportunidad de explicarlo en el auto de 19 de febrero de 1993 dictado en este proceso, el artículo 184 tantas veces mencionado precisa que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley ...." (Se subraya). De manera que se está refiriendo a algo que ya existe, a la ley, en el sentido amplio pero también exacto de la palabra. Como lo ha indicado tantas veces esta Sala, el artículo 45 del decreto-ley 2304 de 1989, que subrogó el artículo 206 del C.C.A., establece un procedimiento ordinario previsto para aquellos asuntos y litigios para los cuales no haya uno especial. De modo que mientras una ley no demarque un derrotero distinto que permita tramitar la solicitud de pérdida de la investidura en un término tan breve como el que señala el artículo 184 se impone la aplicación

de esas normas, empero no sean tan adecuadas para el asunto instituido por la nueva Constitución.

Conclúyese entonces que esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como ya se definió en el aludido auto de 19 de febrero de 1993 y en otras oportunidades más, tiene competencia para conocer esta clase de procesos judiciales.

2.- **De la excepción de inexistencia de demanda en forma.**

Sostiene el señor apoderado del representante Góngora que no existe demanda en forma en el caso *sub-lite,* pues lo que hay es un anónimo, que la ley ordena no tener en cuenta, en donde se le solicitó a la Procuraduría General de la Nación la investigación administrativa, y ello no puede tenerse como una demanda, y por otro lado la procuraduría, que lo hubiera podido hacer, tampoco demandó sino que simplemente envió un oficio al Consejo de Estado para que se pronunciara sobre el tópico, y este oficio no puede tenerse tampoco como una demanda en forma. Considera que, por ello, se quebrantó el artículo 137 del C.C.A.

Al leer con todo cuidado los antecedentes de este asunto se observa que el 7 de julio de 1992 una persona que no firma se dirigió a la Procuraduría General de la Nación exponiendo que el representante Góngora Arciniegas había sido condenado a 18 meses de presidio, sin el beneficio de excarcelación por el delito de lesiones personales, según fallo del juzgado 25 penal del circuito de Bogotá, y que además había cumplido la pena en la cárcel nacional Modelo. Aparece también que el despacho de la Viceprocuraduría General de la Nación comisionó a un abogado asesor para que estableciese lo denunciado, allegando las pruebas pertinentes (folios 12 a 27 cdno. ppal.) y que al final de lo actuado, el procurador general de la Nación dispuso que todo se enviase al Consejo de Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 184 de la Constitución.

En los casos de pérdida de investidura de congresista basta, al tenor de la ley, una simple "solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente **o por cualquier ciudadano**..." por lo cual obviamente esa solicitud solo debe contener unos elementos mínimos de Información para el Juez, de los cuales éste pueda deducir que se trata del ejercicio de la facultad conferida por el tantas veces mencionado artículo 184 de la Carta, y la causal o causales que la fundamentan y su respaldo probatorio, elementos que se hallan en la Investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación, que se anexó oportunamente por ella al trasladar a esta Sala la queja presentada ante ella por una persona anónima, por lo cual es perfectamente atendible.

La Sala, por tanto, habrá de declarar no probada la excepción propuesta por el apoderado del demandado.

3.- **De la institución de pérdida de la investidura de congresista.**

Es ella uno de los mecanismos que creó la Constitución de 1991 con el evidente ánimo de que el Congreso de la República fuera integrado por personas que reunieran calidades y cualidades irreprochables. Así se observa que suprimió la inmunidad parlamentaria e instituyó un régimen supremamente severo de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses, amén de elevar a la categoría de causal para perder la investidura, las inasistencias a reuniones plenarias en que se voten proyectos de actos legislativos, de ley y mociones de censura lo mismo que por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho dias siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, la indebida destinación de dineros públicos, y el tráfico de influencias.

Esto indica que para acceder al servicio público como legislador, la Constitución señala los requisitos que deben llenar los que aspiran a ocupar una curul en el Congreso, ya sean senadores o representantes; en su orden esos requisitos están contemplados en los artículos 172 y 177. Al lado de ello la ley regula todo el proceso de elección de los congresistas, señalando las formalidades propias para la expedición del acto administrativo electoral; esa misma ley regula los motivos o causales de Impugnación de dicho acto electoral, siendo unos de carácter general contemplados en el artículo 84 del C.C.A. y que según la jurisprudencia son aplicables en cualquiera de las acciones de Impugnación de un acto administrativo, y otros de carácter específico indicados en la ley electoral pero referidos a la designación de miembros de las corporaciones públicas de elección popular (ley 96 de 1985, art. 65).

No contenta con lo anterior la Constitución, con miras a lograr que en el Congreso sólo presten el servicio congresional los mejores, señala, como ya se dijo una serie de causales de inhabilidad, de incompatibilidad, o que signifiquen violación del régimen de conflicto de intereses. Las primeras son una serie de causales que buscan impedir, en primer término, el acceso de los ciudadanos que la Constitución consideran inidóneos absolutos para ser congresistas, y en segundo lugar, que buscan su retiro del cuerpo legislador una vez estén en actividad, si por cualquier circunstancia pasaron los controles Iniciales; se observa así que esas inhabilidades no son subsanables o saneables por ningún motivo;por eso dice el art. 179: "**no podrán ser congresistas** ...", o sea que quienes ya lo sean tendrán que dejar de serlo.

En contraste el art. 180 de la Constitución precisa un régimen de incompatibilidades, con alcance sancionatorio y que se dan cuando el congresista en ejercicio contravenga las prohibiciones contempladas en este artículo.

Las causales de inhabilidad por consiguiente, muestran que el ciudadano que se encuentre Incurso en alguna de las señaladas en el artículo 179 de la Carta, tiene un impedimento de orden constitucional para ser congresista. En otras palabras, esa inhabilidad no es sólo para la elección sino para el ejercicio posterior. En esta última hipótesis la inhabilidad tiene un alcance de causal de desinvestidura.

4.- **El aspecto de fondo del caso *sub-lite*.**

La solicitud de pérdida de. la investidura de congresista del representante Juan Fernando Góngora Arciniegas se fundamenta en la causal primera del art. 183 de la Constitución Política, "por violación del régimen de inhabilidades..." y dentro de estas inhabilidades se cita aquel la de la cual habla el numeral 1o. del art. 179 de la Constitución que a la letra dice:

> "Art. 179.- No podrán ser congresistas: 1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
>
> ....."

En autos está demostrado con documento auténtico e idóneo, que el 6 de julio de 1977 el juzgado 25 Penal de Circuito de Bogotá revocó la sentencia absolutoria proferida por el juzgado 18 Penal Municipal de Bogotá en su lugar condenó entre otras personas, a Juan Fernando Góngora Arciniegas a la pena principal de 18 meses de presidio como responsables del delito de lesiones personales y a una multa de 200 pesos y lo condenó además a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, todo lo cual se encuentra, se repite, en documentos debidamente autenticados. El reato en cuestión no es político ni culposo.

Por otra parte, hay documentos que demuestran que el Consejo Nacional Electoral por acuerdo No. 7 del 23 de noviembre de 1991, declaró electo, junto con otros ciudadanos, al representante Góngora Arciniegas por el movimiento nacional conservador por la circunscripción electoral de Cundinamarca.

Se deriva de todos los anteriores, que esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debe decretar la pérdida de la investidura

de congresista que ostenta el representante a la Cámara Juan Fernando Góngora Arciniegas.

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

FALLA:

1.- No prospera la excepción propuesta por el señor apoderado de la parte demandada.

2.- Decrétase la pérdida de la investidura de congresista que ostenta el doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese con copia al señor Procurador General de la Nación, al Ministro de Gobierno, y al Presidente de la Cámara de Representantes para los efectos de rigor y archívese el expediente.

Se deja constancia de la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por esta Sala Plena en su sesión de fecha 4 de octubre de 1993.

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Nota de Relatoria: A este salvamento adhiere el Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA, con excepción de lo en él expuesto respecto a la no procedencia del procedimiento ordinario para tramitar la desinvestidura de los congresistas, ante la ausencia de la ley que señale el procedimiento especial mencionado en la Constitución Nacional, aspecto en el que estoy de acuerdo con el criterio mayoritario del Consejo de Estado.

CONGRESISTA - Inhabilidades / CONGRESISTA - Incompatibilidades / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Improcedencia / ACCION ELECTORAL (Salvamento de Voto)

La INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO o inhabilidad anterior a la elección, conduce a la acción contenciosa electoral. La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por hecho posterior, desde luego, determina la acción judicial de pérdida de investidura consagrada en la carta política, conforme al procedimiento que señale la ley. En el primer caso, para buscar que declare la nulidad de la elección y la cancelación de la credencial; en el segundo; para imponer la pena o sanción de pérdida de la investidura de congresista. Para buscar lo primero, existe un termino legal que no se puede ampliar o desconocer; mientras que para solicitar la pena o sanción de pérdida de la investidura de congresista por, entre otras causas, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, estando en ejercicio del cargo, por lo menos hasta ahora, no existe ese término de caducidad, y discutible, desde el punto de vista constitucional, parece ser su creación o consagración en la ley que se dicta para establecer o reglar se procedimiento especial. Por no estar en presencia de la causal primera del artículo 183 de la Constitución Política, ya que la inhabilidad alegada es por hecho anterior a la elección y no por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades durante el ejercicio del cargo de congresista. La solicitud no está llamada a prosperar.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Vigencia / TRANSITO CONSTITUCIONAL / CONGRESISTA - Inhabilidades
(Salvamento de Voto)

La norma constitucional, en la medida en que se consagra la nueva figura de la pérdida de la investidura de congresista, no se podía aplicar retroactivamente respecto de un hecho - la condena penal- que, en su momento y hasta la vigencia del nuevo ordenamiento supralegal, sólo constituía- y según mi criterio sigue constituyendo no obstante el error del constituyente de 1991 contenido en el numeral 1o. del art. 183 - causal de inhabilidad para ser elegido congresista, lo que conducía a que cualquier persona demandara el acto de elección a través de la vía procesal consagrada expresamente para ello, es decir, del juicio electoral, promovido dentro del termino de los 20 dias señalados en la ley.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. MIGUEL GONZALEZ R.

Referencia: Expediente # AC-430. Pérdida de investidura de congresista del representante a la Camara, doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Como salvamento de voto a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, en primer lugar, transcribió la parte motivo del proyecto de sentencia elaborado por suscrito que no fue compartido por la mayoría de los colegas, y que conducía a que se denegara la solicitud de pérdida de la investidura del congresista Góngora Arciniegas:

"1o. LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE DEMANDA EN FORMA.-

Sostiene el señor apoderado del demandado que no existe demanda en forma, en el presente caso, pues de una parte, lo que existe es un anónimo - que la ley ordena no tener en cuenta - en donde se le solicitó a la Procuraduría General de la Nación la investigación administrativa, que no puede tenerse o considerarse como una demanda, y de otra, aquella que a lo mejor hubiera podido hacerlo, tampoco demandó, sino que simplemente envió UN OFICIO al Consejo de Estado para que se pronunciara sobre el particular, oficio que tampoco puede tenerse como demanda.

Considera que, por ello, se quebrantó el artículo 137 del C.C.A.

La Sala habrá de declarar no probada la excepción propuesta por el apoderado del demandado, por cuanto si bien es cierto que uno de los presupuestos procesales de la demanda, es el de la existencia de una demanda que se ajuste a las exigencias legales (arts. 137 a 141 del C.C.A.), no es menos cierto que en los casos de pérdida de la investidura de congresista, basta la simple "solicitud formulada por la mesa directiva de la camara correspondiente o por cualquier ciudadano", la que solamente deberá contener unos elementos mínimos de información para el juez, de los cuales se deduzca que se trata del ejercicio de la facultad conferida en el artículo 184 de la carta y la causal o causales que la fundamenten y su respaldo, elementos que se encuentran en la investigación administrativa preliminar adelantada por la Procuraduría general de la Nación, que se anexó oportunamente por ella al trasladar el Consejo de Estado la queja presentada entre las mismas por persona anónima, por encontrar que pudiera ser atendible .

2o. El aspecto de fondo.

La solicitud de pérdida de investidura de congresista del doctor Góngora Arciniegas, se fundamenta en la causal 1a. del artículo 184 de la Constitución Política, o sea, en la supuesta "violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades... ", en razón de haber sido condenada la precitada persona por sentencia judicial proferida por el juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, a la pena privativa de la libertad de 18 meses de presidio, por el delito de lesiones personales, según parece deducirse del anónimo que motivo la investigación administrativa de la Procuraduría General de la Nación, de la cual se dió traslado a esta corporación, no obstante que en uno y otra se hace referencia al numeral 1o. del artículo 179 *ib*. sobre quiénes no puedan ser elegidos como congresistas.

Para la Sala es indubitable que, en esa materia de inhabilidades e incompatibilidades, hay que distinguir dos situaciones, a saber: a) la inhabilidad para ser elegido congresista, consistente en haber sido la persona condenada,

en cualquier época, por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, que determina la viabilidad de la acción contenciosa electoral que puede promover cualquier persona, dentro de los veinte dias hábiles siguientes a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por el que se declare la elección (art. 7o. de la ley 14 de 1988, concordante con los artículos 128-4 y 228 y ss. del C.C.A.), transcurridos los cuales ya no es posible buscar la declaratoria de nulidad del acto administrativo electoral respectivo y, como consecuencia de ello, la cancelación de la credencial respectiva, pues el legislador al señalar este término de caducidad de la acción ha querido que las elecciones o nombramientos que se hagan en cualquiera de las ramas del poder público o de los órganos de control se impugnen jurisdiccionalmente en este término, para que no quede *sub judice* indefinidamente la investidura de servidor público, en sus dos especies de miembro de cuerpo de elección popular y de empleado público; y b) la violación por un congresista, durante el período constitucional respectivo, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que determina la viabilidad de una solicitud de pérdida de su investidura de tal, formulada por la mesa directiva de la respectiva Cámara o por cualquier ciudadano, inclusive una autoridad pública, que no tiene término de caducidad, y que no se rige, por lo demás, por el prescrito en el art. 7o. de la ley 14 de 1988, ni por el art. 136 del C.C.A., pues ni una acción de nulidad de carácter electoral con un procedimiento especial consagrado para su trámite y decisión, ni una acción de simple nulidad y restablecimiento del derecho, con o sin caducidad, y con un procedimiento ordinario para su tramitación y decisión.

En otras palabras: el hecho de haber sido una persona, en cualquier época, condenada por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, constituye INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA, y esa inhabilidad constituye igualmente causal de nulidad del acto administrativo electoral por el cual se declara la elección y conduce a la cancelación de la credencial que se le expidió, mediante el ejercicio de la acción contenciosa electoral, que debe instaurarse dentro de los 20 dias hábiles siguientes a aquel en que se notifique legalmente la decisión por la cual se declara la elección.

Por el contrario, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la constitución y en la ley, por la persona que ha sido elegida congresista y viene ejerciendo el cargo y su funciones, determina la pérdida de su investidura de tal, la cual corresponde decretar el Consejo de Estado, previa observancia del procedimiento judicial especial señalado por la ley que se dicte - lo que en la fecha no se ha hecho -, o del procedimiento ordinario señalado en el C.C.A., según la tesis mayoritaria de la sala de lo cual se ha separado el ponente en este proceso, así en este caso y por ello, sea

imposible tramitar y decidir en el perentorio término de 20 dias hábiles previsto en el art. 184 de la carta.

En síntesis; la INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO o inhabilidad anterior a la elección, conduce a la acción contenciosa electoral. La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por hecho posterior, desde luego, determina la acción judicial de pérdida de investidura consagrada en la Carta Política, conforme al procedimiento que señale la ley.

En el primer caso, para buscar que se declare la nulidad de la elección y la cancelación de la credencial; en el segundo, para imponer la pena o sanción de pérdida de la investidura de congresista. Para buscar lo primero, existe un término legal que no se puede ampliar o desconocer; mientras que para solicitar la pena o sanción de pérdida de la investidura de congresista por, entre otras causas, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, estando en ejercicio del cargo, por lo menos hasta ahora, no existe este término de caducidad, y discutible, desde el punto de vista constitucional, parece ser su creación o consagración en la ley que se dicte para establecer o regular ese procedimiento especial.

En consecuencia, debe concluirse que, por no estarse en presencia de la causal primera del artículo 183 de la Constitución Política, ya que la inhabilidad alegada es por hecho anterior a la elección del doctor Góngora Arciniegas, y no por la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades durante el ejercicio del cargo de congresista, la solicitud no está llamada a prosperar.

En segundo lugar, considero - aun cuando así no se expresó en la ponencia denegada por la mayoría, por cuanto no era necesario ese argumento adicional - que la norma constitucional, en la medida en que consagra la nueva figura de pérdida aplicar retroactivamente respecto de un hecho -la condena penal - que, en su momento y hasta la vigencia del nuevo ordenamiento supralegal, sólo constituía - y según mi criterio sigue constituyendo no obstante el error del constituyente de 1991 contenido en el numeral 1o. del art. 183 - causal de inhabilidad para ser elegido congresista, lo que conducía a que cualquier persona demandara el acto de elección a través de la vía procesal consagrada expresamente para ello, es decir, del juicio electoral, promovido dentro del término de los 20 dias señalado en la ley.

En tercer término, aun cuando en la ponencia aceptaba la posición de la mayoría de la Sala sobre el trámite que se debería dar a la solicitud de pérdida de investidura - la del juicio ordinario -, en razón de que concluía que, el punto de vista sustantivo, no era viable la petición por no haberse quebrantado por el congresista el régimen de incompatibilidades (el de inhabilidades, repito que

sólo determina la acción electoral), nuevamente insisto en mi criterio de que para dar trámite a esta clase de solicitudes en relación con congresistas, se necesita de la previa existencia de la ley que consagre el procedimiento especial, no siendo posible acudir al procedimiento ordinario, que sólo se aplica cuando el legislador no ha dicho, como si lo hizo en este caso, que la controversia debe seguirse por un procedimiento especial.

Son estas, en síntesis, las razones que me llevaron a separarme del criterio de la mayoría que decidió despojar de su investidura a un congresista que hace más de 15 años, cuando no regía la figura constitucional referida, incurrió en una conducta que entonces la ley calificaba como delito, y que determinó la imposición de una pena de presidio que al parecer se pagó.

Miguel González Rodríguez

PODER DISCIPLINARIO PREFERENCIAL / PERSONERO MUNICIPAL - Facultades / PROCURADURIA PROVINCIAL - Facultades / PROCESO DISCIPLINARIO / CONFLICTO DE COMPETENCIAS

La competencia preferente que le otorga el artículo 277-6 de la Carta Política, a la Procuraduría, se presenta, entonces en dos oportunidades: a) Para iniciar la investigación, caso en el cual excluye la que podría iniciar, en este caso el Personero sobre los mismo hechos, y b) para asumir la investigación que ya ha iniciado el Personero, evento en el cual este funcionario debe suspender las diligencias que haya adelantado, y remitirlas a la Procuraduría, poniendo a su disposición los documentos que hagan parte de la misma. Como en el asunto sometido a estudio la investigación ya la había iniciado el Personero Municipal de Madrid, y apenas comenzaba, este funcionario, debe seguir conociendo de la misma, mientras la Procuraduría no la asuma, y una vez terminada, y de existir mérito para ello, solicitar a dicha Procuraduría Provincial la imposición de la sanción correspondiente.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá, D. C. , trece (13)de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. C-237 CONFLICTO DE COMPETENCIA
Actor: PERSONERO MUNICIPAL DE MADRID (Cund.).

De conformidad con el artículo 88 del C.C.A., subrogado por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, corresponde a esta Corporación resolver la acción

de definición de competencias administrativas, ejercida por la Personería Municipal de Madrid (Cundinamarca), tendiente a definir el conflicto planteado entre dicha dependencia y la Procuraduría Provincial de Facatativá.

Surtido el traslado previsto en la norma precitada sin que las partes hubiesen hecho uso de él, procede la Sala a resolver el referido conflicto.

ANTECEDENTES

Con ocasión de una queja presentada el 9 de noviembre de 1992 contra el señor Jesús Octavio García, conductor de la volqueta del Municipio de Madrid, por utilización indebida de combustible (gasolina), el Personero de dicha localidad adelantó diligencias preliminares y cuando encontró que ya estaban perfeccionadas, mediante auto debidamente motivado de 25 de febrero de 1993, las remitió a la Procuraduría Provincial de Facatativá para que ésta, si lo estimaba pertinente, abriera "formal averiguación disciplinaria y dependiendo el (sic) resultado de ella muy probablemente después formular pliego de cargos" contra el acusado (fl. 22).

Una vez esta Procuraduría Provincial recibió aquellas diligencias, mediante auto de 11 de mayo de 1993, decidió devolverlas a la Personería Municipal de Madrid "...competencia conforme a lo establecido en el numeral 19 del artículo 3o. de la Ley 3a. de 1990". Y agrega en el mismo auto que "Una vez culminada la investigación, el Personero enviará copia o fotocopia autenticada del fallo proferido a esta Provincial y a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación".

Posteriormente, el Personero de Madrid, con fundamento en la Ley 4a. de 1990, insiste en que la competencia en el mencionado asunto es de la Procuraduría Provincial de Facatativá, y resuelve, entonces, enviar las diligencias a esta jurisdicción para que se dirima el conflicto surgido.

SE CONSIDERA:

El artículo 139 del C. de R. M., en sus numerales 3 y 4 señala al Personero, entre otras, las siguientes funciones:

> "3. Recibir las quejas y reclamos que toda persona le haga llegar referente al funcionamiento de la administración, al cumplimiento de los cometidos que le señalen las leyes y los relativos a la efectividad de los derechos o intereses de los administrados;

> "4. Vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan".

El artículo precitado fue adicionado por el 3o. de la Ley 3a. de 1990, el cual dispone:

> "En virtud de las atribuciones 3 y 4, establecidas en este artículo el Personero podrá, cuando las circunstancias lo ameriten, adelantar las investigaciones disciplinarias del caso, observando lo dispuesto en el artículo 10 de La Ley 49/87, y como consecuencia de esas investigaciones solicitar contra los empleados oficiales, excepto el Alcalde, sanciones de amonestación, multa, suspensión y destitucíón al funcionario u organismo competente para tal efecto..."

Por su parte, el artículo 32, literal a) de la Ley 4a. de 1990, "Por la cual se reorganiza la Procuraduría General de la Nación, se asignan funciones a sus dependencias y se dictan otras disposiciones", le asignó a las Procuradurías Provinciales, entre otras, la función de "Conocer en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra empleados oficiales del orden municipal y contra quienes sin tener ese carácter ejerzan transitoriamente funciones públicas...".

De otro lado, la actual Constitución dispone en su artículo 277 que corresponde al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados o agentes:

> "6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

Conforme al precedente marco legal y conceptual tenemos que al Personero Municipal, teniendo en cuenta además su calidad de Agente del Ministerio Público que le confiere el artículo 118 de la Constitución Política, le corresponde adelantar investigaciones disciplinarias contra los empleados municipales -excepción hecha del Alcalde por ser la competencia de las Procuradurías Departamentales (art. 31-C de la Ley 4a. de 1990)- que infrinjan el ordenamiento jurídico relacionado con la materia.

Los términos "adelantar las investigaciones disciplinarias" se entienden en el sentido de que con tal propósito el Personero puede practicar las pruebas, formular cargos, oír en descargos, etc., a los empleados involucrados en la

investigación, hasta perfeccionarla y: si es del caso, solicitar contra dichos empleados, al funcionario y organismo competente, la sanción respectiva, que según el artículo 3 - 19 de la Ley 3a. de 1990, podrá ser la de amonestación, multa, suspensión o destitución.

Lo anterior sin perjuicio de que la Procuraduría Provincial en ejercicio de la competencia que le confiere el articulo 32, literal a) de la Ley 4a. de 1990, "Por la cual se reorganiza la Procuraduría General de la Nación, se asignan funciones, a sus dependencias y se dictan otras disposiciones", y del poder disciplinario que preferentemente le otorga el articulo 277-6 de la Constitución Nacional, pueda iniciar investigaciones disciplinarias en contra de los empleados municipales, o asumirlas, caso en el cual desplaza al Personero y en consecuencia la entidad municipal deberá suspender las diligencias que estuviera adelantando y pondrá a disposición de la Procuraduría todos los documentos que sean pertinentes, tal como lo prescribe el artículo 11 de la Ley 13 de 1984, en los siguientes términos:

> "Investigación por la Procuraduría. En cualquier momento la Procuraduría General de la Nación podrá iniciar o asumir una investigación disciplinaria, caso en el cual la entidad deberá suspender las diligencias que estuviére adelantando y pondrá a disposición de la Procuraduría todos los documentos que sean pertinentes".

La competencia preferente que le otorga al artículo 277-6 de la Carta Política, a la Procuraduría, se presenta, entonces en dos oportunidades: a) Para iniciar la investigación, caso en el cual excluye la que podría iniciar, en este caso el Personero sobre los mismos hechos, y b) para asumir la investigación que ya haya iniciado el Personero, evento en el cual este funcionario debe suspender las diligencias que haya adelantado, y remitirlas a la Procuraduría, poniendo a su disposición los documentos que hagan parte de la misma.

Como en el asunto sometido a estudio la investigación ya la había iniciado el Personero Municipal de Madrid, y apenas comenzaba, este funcionario, debe seguir conociendo de la misma, mientras la Procuraduría no la asuma, y una vez terminada, y de existir mérito para ello, solicitar a dicha Procuraduría Provincial la imposición de la sanción correspondiente.

En méritó de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

DEFINIR el conflicto de competencia suscitado entre la Personería Municipal de Madrid y la Procuraduría Provincial de Facatativá, en el sentido de que corresponde a la primera de ellas continuar conociendo de la investigación disciplinaria que se adelanta en contra del señor José Octavio García.

En consecuencia, remítase el expediente a la Personería Municipal de Madrid.

Con envío de copia, comuníquese esta decisión a la Procuraduría Provincial de Facatativá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada el día doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

NOTARIOS / EDAD DE RETIRO FORZOSO / POTESTAD REGLAMENTARIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

En manera alguna el fallo suplicado contraría la doctrina anterior, pues las conclusiones de las cuales deduce que no hubo en el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con el Decreto 960 de 1070, está referida es a demostrar que los notarios son empleados públicos y como consecuencia sometidos al régimen de retiro forzoso que concreta en la edad de 65 años.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. S-301 Recurso Extraordinario de Súplica. Actor: CARLOS GALINDO PINILLA Y OTROS.

Entra la Sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia de única instancia proferida por la Sección Segunda de la Corporación, el 23 de marzo de 1993, en los sucesos acumulados números 4834, 4889 y 5348, mediante la cual se accedió a la petición anulatoria correspondiente al expediente No. 4889 y se denegaron las peticiones formuladas en los otros dos.

ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Galindo Pinilla (expediente 4834) y Jorge Henessey (expediente 5348) presentaron sendas demandas con el fin de que se

declarara nulo el artículo 1o del Decreto 3047 de 29 de diciembre de 1989, cuyo texto es el siguiente:

> "Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios, la edad de 65 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

A su vez, el ciudadano Manuel Ignacio Galvis Esteban (expediente 4889) impetró la nulidad de la frase final del mismo artículo, que dice: "...salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual pódra terminar el período en curso".

LA SENTENCIA RECURRIDA

Al desatar la controversia planteada, la sentencia recurrida, como ya se dijo, denegó las pretensiones anulatorias formuladas en las demandas correspondientes a los expedientes 4834 y 5348, y se accedió a la petición formulada por el demandante Manuel Ignacio Galvis Esteban, declarando la nulidad de la frase final de la disposición acusada, pretranscrita.

La súplica interpuesta, según se verá más adelante, está dirigida contra la decisión anulatoria que sustenta la sentencia recurrida en las siguientes consideraciones:

> "En el auto de suspensión provisional de la frase impugnada tuvo la Sala oportunidad de verificar que evidentemente la salvedad allí establecida es consagratoria de una excepción a la regla general del retiro forzoso, que no podía el Gobierno estatuirla por medio del Decreto 3047 de 1989, sin infringir el artículo 182 del Decreto 960 de 1970, que no lo contiene.
>
> "Además, contrariamente a lo alegado por el impugnador de esta acción, reitera aquí la Sala su criterio en torno a que la frase impugnada sí constituye una excepción a la regla general que ordena el retiro forzoso de los notarios cuando lleguen a la edad de 65 años; pues si los nombrados en propiedad no debieran retirarse al cumplir esa edad, sino posteriormente cuando termine el período, ello significaría ni más ni menos que para tales funcionarios no regiría la ley, sino el reglamento; de donde es fácil deducir que éste si pretendió excluirlos de la regla establecida por el legislador, lo cual se traduce precisamente, en consagrar una excepción.

Finalmente, en cuanto a la figura de cosa juzgada propuesta por el impugnador y que la sustenta diciendo que la misma norma contenida en la frase cuya nulidad se impetra (sic), había recibido sentencia desestimatoria por la Sala Plena, al negar la nulidad del artículo 46 del Decreto 617 (sic) de 1974, existiendo a juicio de aquél identidad de objeto y de *causa petendi* porque en ambos procesos se planteó la violación del numeral 3o. del artículo 120 de la anterior Constitución, observa la Sala lo siguiente:

"a) Los alcances de la sentencia de la Sala Plena del 22 de octubre de 1981, no pueden extraerse simplemente de su parte resolutiva y de un párrafo de sus consideraciones, sino que debe atenderse a toda la sentencia, en orden a verificar la *causa petendi* (normas invocadas como violadas y concepto de la violación) y todas las consideraciones de la providencia.

"Pues bien ni el demandante esgrimió concepto alguno específico de violación de normas en relación con la frase aquí impugnada, ni el consejo de Estado hizo lo propio. Todo el contexto de la sentencia está dirigido a demostrar que los notarios son empleados públicos y como consecuencia sometidos a la edad de retiro forzoso de 65 años. No existe la menor referencia en dicha providencia sobre la aludida frase, distinta de la implícita contenida en la parte resolutiva y del relato de la petición. Luego, la omisión en que se incurrió al negar una nulidad pedida sin consideración específica que le de sustento, no puede servir de apoyo a la excepción de cosa juzgada propuesta.

"b) Pero, sobre todo, para la Sala no existe identidad de objeto ya que aquí no se está juzgando la validez del artículo 49 del Decreto 717 de 1974, sino al frase final del artículo 1o. del Decreto 3047 de 1989, que son dos actos administrativos, expedidos por funcionarios diferentes y con vigencia en el tiempo también diferente, hasta el punto que su frase final se agotaba al expirar el respectivo período en curso". (la subraya es del texto).

MOTIVO DE IMPUGNACION

El señor Bernardo Ortiz Amaya, impugnador de la demanda formulada por el ciudadano Manuel Ignacio Galvia y correspondiente al proceso distinguido con el número 4889, al interponer el recurso extraordinario de súplica de que se ha hecho mención *ab initio* de este proveído, aduce como fundamento del mismo el hecho de que la sentencia dictada por la Sección Segunda y que declaró la nulidad de la frase contenida en la parte final del artículo 1o. del Decreto 3047 de 1989, que reza: "salvo que se trate de un

notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso", que el actor acusó de violar el artículo 120-3 de la Constitución Nacional, acoge doctrina contraria a la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena de la corporación en sentencia de 22 de octubre de 1981, Expediente No. 10817, por medio de la cual encontró ajustadas a las normas constitucionales y legales las disposiciones acusadas del Decreto Reglamentario 717 de 1974, entre los cuales se encontraba el artículo 1° del Decreto 3047 demandado, habiendo encontrado la Sala Plena que no excedía la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, y cuyo tenor es el siguiente:

> "Los notarios, bien sean de servicio o de carrera, deberán renunciar una vez cumplan la edad de retiro forzoso.
>
> "El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso"

En cambio la sentencia que aquí se recurre le da la razón al demandante y afirma que la frase en cuestión viola el numeral 3o. del artículo 120 de la anterior Constitución y por ello declara su nulidad, lo cual contradice la jurisprudencia acabada de señalar, expresa el recurrente.

Igualmente manifiesta que no comprende la afirmación de que para medir los alcances de una sentencia no sirve ni la parte resolutiva ni un párrafo de sus considerandos, sino la causa petendi de la acción instaurada, cuando ese párrafo es la conclusión a que llega el fallador como síntesis de todas sus consideraciones y, además se sabe que en las acciones públicas de nulidad de los actos administrativos la única *causa petendi* es la del restablecimiento del orden jurídico.

Termina diciendo que en cuanto al fondo del asunto se reafirma en la excepción de cosa juzgada que propuso en el acto de impugnación de la demanda y que ratificó en el alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Expresa el suplicante que el fallo de la Sección Segunda desconoció la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta Sala de fecha 22 de octubre de 1881, proferida en el expediente 10.817, con ponencia del Magistrado Ignacio Reyes Posada, y cuya copia reposa a folios 46 a 64 del cuaderno No. 2, correspondiente al proceso reconstruído y acumulado No.4889.

De la lectura de la parte doctrinario respectiva del fallo de la Sección Segunda, aquí transcritó, que constituye el fundamento de la conclusión anulatoria de la frase impugnada del artículo 1o. del Decreto 3047 de 1989, y su confrontación con la sentencia que se estima desconocida, se concluye que en aquélla no se asume posición doctrinario contraria a la sostenida por la Corporación en la dictada el 22 de octubre de 1981, citada, toda vez que en ésta, como tuvo oportunidad expresarlo la Sección 2o. al resolver la excepción de cosa juzgada propuesta por el impugnante, argumento que coincide exáctamente al ahora esgrimido, no como excepción desde luego, sino sencillamente como el elemento sobre que descansa y se sustenta la súplica interpuesta, "No existe la menor referencia sobre la aludida frase, distinta de la implícita contenida en la parte resolutiva y del relato de la petición".

En verdad, se advierte que ni el demandante esgrimió concepto alguno concreto de violación de normas en relación con la frase enjuiciada, ni el Consejo hizo lo propio. La sentencia está enderezada a demostrar que los notarios son empleados públicos y como consecuencia sometidos a la edad de retiro forzoso de 65 años.

Pertinente es, sin embargo, precisar que el párrafo de la sentencia que se estima contrariada, a que se refiere el recurrente en su escrito de súplica, pero que no transcribe, y en el cual, pese a la genérica acusación de desconocerse por el fallo impugnado la jurisprudencia contenida en la sentencia de 1981, da a entender el suplicante, se encuentra realmente el meollo doctrinario contrariado, párrafo al que se refiere el fallo impugnado, pero que tampoco éste transcribe, es, sin lugar a duda ni equívoco, el que aquél transcribe en su memorial de 4 de septiembre de 1990 (fls. 34 a 36 del cuaderno No. 2) mediante el cual interponía recurso extraordinario de súplica contra el auto que suspendía provisionalmente la antes citada frase, que no se concedió por extemporáneo (proveído de 7 de noviembre de 1990, visible a folios 125 a 126 del señalado cuaderno) y cuyo texto íntegro es el siguiente:

> "De las anteriores conclusiones se deduce que el Gobierno Nacional al ejercer la potestad reglamentaria en relación con el Decreto 960 de 1970, por medio del Decreto 717 del mismo año, no excedió tal potestad al señalar como de retiro forzoso la edad de sesenta y cinco años, ni al hacer alusión al retiro forzoso en los artículos 45, 46, 48 y 49 de dicho Decreto, pues no hizo más que desarrollar y concretar un régimen de retiro forzoso para los Notarios que está implícito en los textos transcritos del Decreto 960 de 1970".

Se evidencia plenamente a través de éste específico párrafo, que en manera alguna el fallo suplicado contraría la doctrina anterior allí contenida,

pues las conclusiones de las cuales deduce que no hubo exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con el Decreto 960 de 1970, está referida es a demostrar que los notarios son empleados públicos y como consecuencia, sometidos al régimen de retiro forzoso que concreta en la edad de 65 años.

Confirma lo anterior algo que se impone relevar, y es que entre esas conclusiones, contrariamente a lo que piensa y expresa el recurrente, se encuentra una que señala que:

> "En efecto, el artículo 137 del Decreto 960 citado establece que no podrán ser designados notarios en Propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso,sea en el notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público, y quienes estén devengando pensión de jubilación'. Es obvio que si quienes se encuentran en tal estado no pueden ser designados notarios en propiedad, quienes lleguen al mismo estado encontrándose en servicio tendrán que separase de él" (subraya ahora la Sala), lo que descarta absolutamente la contrariedad de que se acusa el fallo impugnado.

Finalmente, como lo señala el recurrente, es cierto que la causa petendi en las acciones de nulidad se contrae a la cuestión de legalidad del acto, pero ello no significa que quien pretenda el restablecimiento del orden jurídico deba sólo señalar en su demanda las normas que estima vulneradas por los actos acusados, sino que, además, debe expresar el concepto de la presunta violación, conforme al mandato legal: art. 137-4 del C.C.A., lo que convierte a este requisito en un elemento de la *causa petendi* en cada caso particular en que se ejercite la acción pública de nulidad, para que con base en ello el juzgador avoque el conocimiento del cargo y tome la decisión que en derecho corresponda, razón por la cual se mantienen en pie las apreciaciones precedentes que permiten concluír que el recurso de súplica interpuesto no tiene vocación alguna de prosperidad.

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

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor Bernardo Ortiz Amaya contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa con fecha 21 de marzo de 1993, en los procesos acumulados 4834, 4889 y 5348.

SALA PLENA

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

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, (ausente)*; Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Amado Gutiérrez Velásquez, Delio Gómez Leyva, Libardo Rodríguez R.,* (ausente)*; Consuelo H. Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* (ausente)*; Miguel Viana Patiño.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Objeto / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / COSA JUZGADA -Mutabilidad

El recurso extraordinario de revisión procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, con miras a prescindir de los efectos de una sentencia ejecutoriada, para, en el caso de prosperidad, reabrir el proceso y dictar la sentencia que en derecho habrá de sustituir a la revocada. Precisamente, por cuanto este recurso extraordinario atenta contra el principio de inmutabilidad y firmeza de los fallos judiciales, las causales que lo fundamentan se hallan taxativamente relacionadas en la norma, y su examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo, para que, mediante severo y restringido criterio se pueda definir la mutabilidad de una sentencia amparada con la garantía del sello de firmeza y verdad material.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Causales / NULIDAD DE LA SENTENCIA / IRREGULARIDAD PROCESAL

Se equivoca el recurrente en cuanto a la trascendencia que pretende atribuirle a las actuaciones que como Fiscal del Consejo de Estado cumpliera la Doctora Clara Forero de Castro, cuya labor en este proceso se limitó a notificarse de los proveídos correspondientes y a emitir su concepto en torno a la reconstrucción del expediente que resulto quemado en los trágicos sucesos del Palacio de Justicia. En ningún momento la señora fiscal entonces, comprometió su criterio jurídico o su voluntad de decisión en torno de las cuestiones debatidas en el proceso. No constituye Causal de nulidad de la sentencia el que la señora Consejera Doctora Clara Forero de Castro suscribiera el fallo

recurrido, por cuanto, de una parte el concepto de fondo del Ministerio público le era ajeno en su autoría y, de otra, porque el *quórum* requerido para aprobar el proyecto de sentencia presentado por otro Consejero, aún sin la participación de la Doctora Forero de Castro, era legal y reglamentariamente aceptable. La actuación cumplida por la doctora Forero de Castro, como Fiscal y luego como miembro de esta Corporación, si bien, eventualmente pudiera llegar a constituir una irregularidad intrascendente en el contenido y decisión del fallo impugnado, no alcanza, en cambio, a configurar la nulidad originada en la sentencia como constitutiva de la causal 6a. de revisión consagrada en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 41 del Decreto 2304 de 1989.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales / DOCUMENTO FALSO

Sin lugar a dudas resulta indispensable para la prosperidad del cargo por la causal en estudio, que la sentencia sé dicte "con fundamento" en los documentos penalmente cuestionados, Estos, cuya falsedad o adulteración debe acreditarse plenamente, han debido ser decisivos para proferir la sentencia de cuya revisión se trata. Deben haber influído ostensiblemente en la decisión, hasta el punto, si se quiere que sin concurso, sin su incidencia, él fallo se hubiera tomado en otro sentido, de tal forma que al excluirlos del proceso, la sentencia pierda consistencia y cambie de alcance. En el *sub júdice*, a pesar de estructurarse materialmente el punible de falsedad, éste no es tomado en cuenta para decidir la *litis*, no porque el delito no hubiere sido visto por el fallador, sino, porque para los efectos concernientes a la solución del caso concreto, probatorio y sustancialmente en nada inciden tales documentos.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. REV-040. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Actor: HECTOR MANUEL BARRAGAN COLLAZOS.

Se procede a decidir sobre el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de noviembre de 1989, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 20 de noviembre de 1980, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmó el fallo apelado que había denegado las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1o. **La demanda**

En escrito presentado el 2 de marzo de 1.977, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el abogado Héctor Manuel Barragán Collazos, en ejercicio de la denominada entonces acción de plena jurisdicción, hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la nulidad de la Resolución No. 14760 de 5 de noviembre de 1.976, expedida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Barragán Collazos en el cargo de Abogado III-23 del grupo de investigación del Impuesto sobre las Ventas de la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

Como consecuencia de la nulidad impetrada y a manera de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro al cargo referido, o a otro de igual o superior categoría y asignación, así como el pago de todos lo Derechos salariales y prestacionales que le correspondían en el cargo mencionado, desde su retiro, hasta cuando se produzca su reintegro, declarando además que no se dio solución de continuidad en el desempeño de sus funciones.

2o. **Los hechos**

1o. Por resolución número 00978 del 12 de febrero de 1971, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se declaró insubsistente el nombramiento de Héctor Manuel Barragán Collazos, como Abogado III, Categoría 24, de la Sección de Investigación de Impuestos sobre las Ventas de la División de Investigación Tributaria de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

2o. Mediante sentencia de 12 de julio de 1976, la Sección Segunda del Consejo de Estado, dispuso la nulidad del acto anteriormente, mencionado y ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reintegro de Héctor Manuel Barragán Collazos al cargo que venía desempeñando. El Ministerio efectivamente lo reintegró como Abogado III-23 del Grupo de Investigaciones

del Impuesto sobre las Ventas de la Sección de Auditoría de la Administración de impuestos Nacionales de Bogotá, el 6 de septiembre de 1976. Posteriormente el Administrador de Impuestos Nacionales del Bogotá lo asigno al cargo de Abogado III-23 del grupo de Investigaciones de Impuestos y Sucesiones y Donaciones de la Sección de Auditoría, cargo del cual se posesionó el 16 de Septiembre de 1976. Con fecha 29 de octubre de 1976, mientras Barragán salía a vacaciones, se nombró en su reemplazo a otro funcionario y se declaró su insubsistencia en la resolución N°. 14760 de 5 de noviembre de 1976, contra la cual formuló la demanda que originó el fallo ahora extraordinariamente recurrido.

3o. **La sentencia cuya revisión se impetra.**

Una vez reconstruído el nuevo proceso, la Sección Segunda del Consejo de Estado al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la decisión denegatoria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de noviembre 20180 con fundamento en las siguientes razones la confirmó:

a) Sostuvo el demandante que de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y el Decreto 3074 del mismo año, cuando una providencia se motive, tal motivación debe ser cierta. En este caso considera falso "que el nombramiento que se declaró insubsistente fuera provisional, pues, la Resolución que ordenó su reintegro no contiene esa calidad", y ese cargo es de carrera y no provisional "como falsamente lo manifiesta la resolución de insubsistencia". En el fallo actualmente recurrido se afirmo que, de una parte, el acto no está motivado y de otra, que la resolución no hace referencia **al cargo** provisional, sino que declara insubsistente **el nombramiento** provisional, que es diferente. Deduce de lo anterior que no se dió la violación de las normas legales relacionadas como tales en la demanda.

b) Frente a la segunda causal de nulidad propuesta, consistente en no haber consignado "en la hoja de vida del actor, LAS CAUSAS que ocasionaron su fulminante insubsistencia, violación que tiene sus consecuencias previstas en el artículo 61 del Decreto 2400/68, el cual manda su nulidad", sostuvo la Sección Segunda que si bien era cierto que este criterio se había aplicado, inclusive en la sentencia del proceso anterior en favor del actor posteriormente la Sala había cambiado dicho concepto jurídico y concluyó "que el incumplimiento del mandato contenido en el artículo 26 del referido decreto 2400 no tiene el alcance que le quiere dar el actor, pues tal omisión genera responsabilidad para el funcionario que incurre en ella, pero no produce la nulidad del acto".

c) Respecto de la causal de nulidad por violación del artículo 162 del Decreto 1950 de 1973, concordante con el 12 del Decreto 2400 y 1°. del 3074 de 1968, en cuanto que establecen que la destitución es una sanción disciplinaria

que debe ser notificada personalmente, consideró el fallador de segunda instancia que no hubo en este caso destitución del actor, sino que se declaró insubsistente su nombramiento en razón de las facultades de la administración para hacerlo. (Art. 26 del decreto 2400 de 1968). De otra parte, como la declaratoria de insubsistencia no le pone fin a un negocio o actuación administrativa, no podía hablarse en base de notificación personal.

d) Con frecuencia a la demostración de que la anotación contenida en la hoja de vida del actor, como "justificación" del acto, es falsa, a Sección Segunda de esta Corporación consideró que tal circunstancia no incidía sobre los resultados de este proceso, por cuanto "es intrascendente que tal anotación se hubiese o no hecho, frente a la impugnación contenida en la demanda".

II. LA DEMANDA DE REVISION

En escrito que reposa a los folios 64 a 66 del cuaderno No. 1, el recurrente con fundamento en las causales 1ª. y 6ª. del artículo 188 del C.C.A., pretende que se dicte nueva sentencia en la cual se decrete la nulidad o invalidez de la sentencia recurrida y objeto de este recurso extraordinario de revisión, y en reemplazo se decrete la "nulidad o invalidez de la sentencia recurrida y objeto de éste, conforme a las dos causales de revisión incisos 1 y 6 del C.C.A.; por actuar la fiscal como Juez y parte y por basarse la sentencia en documentos falsos y adulterados".

Como consecuencia del fallo pretendido solicita su restablecimiento al cargo de Abogado III-23 del Grupo de Investigación de Impuestos sobre las Ventas de la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, o a otro cargo de igual o superior categoría, así como el pago de todos los derechos salariales y prestacionales a que haya lugar, desde su reitero hasta cuando el pago se realice, con la advertencia de que para todos los efectos legales, en la relación de servicio del actor no se ha dado solución de continuidad en el mismo.

A. **Hechos que fundamentan el recurso**

1. Afirma el actor que la doctora Clara Forero de Castro actuó en este proceso como fiscal, "se notificó de los proveídos, y dio un concepto de fondo, días después integró la Sala como Consejera de Estado y dictó sentencia, la anterior conducta o hechos protagonizados por la Doctora de Castro, anulan o invalidan la sentencia ya que el suscrito por lógica no tenía lugar a recurso. violándose el debido proceso Arts. 26 C.N. y 140 numeral cuarto del C.D.P.C.; que exigen seguir un trámite como lo adecua la ley y en el presente caso la

Fiscal por seis años a (sic) debido ser persona distinta a la que firmó la sentencia; es decir, fué Fiscal y fué Juez, fue parte y fué Juez." (Fl. 67).

2. Sostiene también que la sentencia se fundó "en documentos falsos y adulterados", respecto de los cuales formuló denuncia penal cuyo diligenciamiento culminó con la decisión de la justicia que dio como resultado "la existencia de un delito contra la Fé Pública falsedad material, y real sobre algunos documentos, en especial folios 121, 125 y 128 amén de otros de mi hoja de vida. Tales providencias fueron desestimadas por la Sala presidida por el doctor Barreto sin hacer alusión de ellos en la sentencia y existen en el proceso 12818 en el Tribunal Administrativo".

3. Señala el actor como omisión en su contra, la inaplicación del artículo 43 del C.C.A. en cuanto no fue notificado del acto proferido declarando su insubsistencia, lo cual se sanciona con "la invalidez, ineficacia y con la nulidad", a más de que tal omisión le significó un engaño pues estuvo trabajando desde el 7 de enero hasta febrero, cuando se le informó de su retiro. Igualmente considera que "no se cumplió con los decretos habilitantes 2400, 3074 de 1968 expedidos para el bien de los empleados de carrera, y provisionales o de libre nombramiento para esa fecha". Afirma que la doctora Clara Forero de Castro omitió "declararse impedida para suscribir la sentencia y esa omisión produce nulidad de la sentencia puesto que yo no tenía recurso alguno; duró tres años de fiscal en mi proceso a partir de la quema y muchos más antes de la quema del Palacio" .Otra omisión reseñada por el actor fue que "dejó de analizarse el artículo 48 del C.C.A." y el Ministerio, de hacienda "omitió enviar al Departamento Administrativo del Servicio Civil las novedades de mi insubsistencia... lo cual es causal de nulidad". Dejó también la Sala de estudiar, "los documentos que fueron allegados como consecuencia, de haber el suscrito aficionado la demanda ante el *a-quo.*". Se omitió en la sentencia, al decir del actor, "el estudio de los memorandos suscritos por el doctor Juan de Zorro, Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá y el suscrito por la doctora Estela de Osorio que fueron tenidos como auténticos". Así mismo afirma el recurrente que "no se estudió por la Sala los motivos ocultos y la desviación de poder que fueron planteados en la admisión (sic) de la demanda".

B. **Causales de revisión**

El recurso se fundamenta en las causales 1ª. y 6ª. del artículo 188 del C.C.A. La primera la explica el recurrente porque, según el, "existe nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso. La señora Fiscal Quinta estuvo constituída en Fiscal (sic) proceso 435 por un lapso de 3 años antes de quemado éste y 3 años después de reconstruído; En la Sentencia aparece la doctora Castro CONFIRMADO LA

PROVIDENCIA APELADA. Actuando como juez y parte, como Fiscal y Juez. Ante lo meridiano de la ilegalidad de esta conducta descrita debe anularse la sentencia, artículo 25 C.N. artículo 29 ampara debido proceso y se aplicará a toda clase de actuaciones".

La segunda causal, la expone y fundamenta el recurrente así: "El artículo 188 numeral primero C.C.A.. perpetua que cuando se dicte la sentencia con base en documentos falsos o adulterados, esta es revisable. La sección segunda dentro del proceso 435 en sentencia de 21-11-89 ejecutoriada el 24 dicto esta con base en documentos falsos o adulterados. Nótese que la Sala segunda se fundo para dictar sentencia en los documentos falsos pero dice que ese hecho es intrascendente. El suscrito considera que no puede ser intrascendente la adulteración y falsificación de varios folios como lo expresa la resolución 170 del juzgado 12 Superior confirmada por la Sala Penal del Tribunal y la prueba indiciaría, artículos 175, 248 a 250 del C.D.P.C.; en lo referente a las declaraciones del doctor Ignacio Hernández y su secretario que obran en autos no dejan duda que la sentencia fue dictada con base en documentos falsos y adulterados; pero que a estos se les acomodo en la sección Segunda al no sopesarlos".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido que el recurso extraordinario de revisión procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, con miras a prescindir de los efectos de una sentencia ejecutoriada, para, en el caso de prosperidad, reabrir el proceso y dictar la sentencia que en derecho habrá de sustituir a la revocada.

Precisamente, por cuanto este recurso extraordinario atenta contra el principio de inmutabilidad y firmeza de los fallos judiciales, las causales que lo fundamentan se hallan taxativamente relacionadas en la norma, y su examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo, para que, mediante severo y restringido criterio se puede definir la mutabilidad de una sentencia amparada con la garantía del sello de firmeza y verdad material.

En este orden de ideas y en el mismo orden propuesto por el recurrente, procede la sala a estudiar las causales sobre las que se fundamenta el recurso.

Primera Causal. Artículo 188, numeral 6 del C.C.A.

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

Se acusa como generadora de nulidad de la sentencia la circunstancia de que la actual Consejera de Estado, Dra. Clara Forero de Castro, hubiese suscrito la sentencia impugnada a pesar de que había intervenido y conceptuado dentro del mismo proceso cuando ella se desempeñaba como fiscal quinta del consejo de Estado "actuando como juez y parte como fiscal y juez", al decir del recurrente.

Encamina el impugnante sus razonamientos a encuadrar como causal de nulidad y, por consiguiente, de la revisión impetrada la actuación que cumplió la señora Consejera cuando se desempeñaba como Agente del Ministerio Público y luego como Consejera de Estado.Sin embargo, considera la Sala que el cargo estudiado no debe prosperar por cuanto no se configura la nulidad originada **en la sentencia** que finalizó el proceso, según lo requiere la causal sexta del Artículo 188, del C.C.A. En efecto:

Si bien acierta el recurrente en su afirmación del desempeño de descargos Señalados por parte de la señora Consejera, se equivoca en cuanto a la trascendencia que pretende atribuirle a las actuaciones, que como Fiscal del Consejo de Estado cumpliera la doctora Clara Forero de Castro, cuya labor en este proceso se limitó **a notificarse de los proveídos correspondientes y a emitir. su concepto en torno a la reconstrucción del expediente, que resultó quemado en los trágicos sucesos del Palacio de Justicia**. El ningún momento la señora fiscal entonces, comprometió su criterio jurídico o su voluntad de decisión en torno de las cuestiones debatidas en el proceso. De ahí que la Sala no comparta y sí rechace la aseveración del recurrente cuando afirma: "y dio un concepto de y fondo (Sic) día después integró la Sala como Consejera de Estado y dicto sentencia". (fl. 67 C. ppal). El concepto de fondo, cuya fotocopia se encuentra en la parte final del cuaderno de pruebas 2A, sin foliar, transcrito en lo pertinente dentro de la sentencia impugnada, **firmado el 22 de abril de 1983 por la doctora Sonia Mireya Vivas Pineda "fiscal quinto del Consejo de Estado (E)"**, constituye suficiente demostración en contra de lo aseverado por el recurrente. Complementa la replica el hecho de que no fueron "días después" cuando integro la sala como Consejera, sino que entre este concepto de fondo, que no era de la doctora Forero de Castro y la fecha de la sentencia transcurrieron un (1) año, ocho (8) meses y siete (7) días.

Aduce el actor que por la duplicidad de funciones se violó el debido proceso "art.26 C.N. y 140 numeral cuarto del C.D.P.C.; que exigen seguir un trámite como lo adecua la ley", por lo que "en el presente caso la fiscal por seis años a (sic) debido ser persona distinta a la que firmó la sentencia".

Basta examinar el expediente para concluir que no se ha vulnerado el debido proceso por cuanto la sentencia censurada se produjo con fundamento

en una normatividad jurídica vigente y preexistente a los actos controvertidos, la profirió, en primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en segunda, el Consejo de Estado, Corporaciones ambas competentes para conocer y fallar el asunto y, por último, se respetaron las formas propias del proceso, sin observarse que en el mismo se incurriera en alguna causal de nulidad, menos aún la 4a del artículo 140 del C.de P.C., la que, además de no configurarse, aún en la hipótesis de que se hubiera presentado no tendría incidencia alguna en la decisión del presente recurso extraordinario, por no encontrarse dentro de las causales de revisión taxativamente enumeradas en el artículo 188 del C.C.A.

No constituye causal de nulidad de la sentencia el que la señora consejera Dra. Clara Forero de Castro suscribiera el fallo recurrido, por cuanto, de una parte el concepto de fondo del Ministerio Público le era ajeno en su autoría y, de otra, porque el *quórum* requerido para aprobar el proyecto de sentencia presentado por otro consejero, aun sin la participación de la dra. Forero de Castro, era legal y reglamentariamente aceptable. De otra parte cabe resaltar como el recurrente ha podido recusar a la señora Consejera con fundamento en los artículos 160 del C.C.A., 150 y 151 del C. de P.C.; no obstante, en tan largo plazo que tuvo para hacerlo, prefirió guardar silencio para aducir ahora, como causal de revisión, un hecho procesalmente ostensible: cuya definición, de haber sido propuesta y necesaria, se hubiera obtenido antes de finalizar el trámite de la segunda instancia. Adviértese además, que dadas las anteriores consideraciones, La actuación cumplida por la doctora Forero de Castro, como Fiscal y luego como miembro de esta Corporación, si bien, eventualmente pusiera llegar a constituir una irregularidad intrascendente en el contenido y decisión del fallo impugnado, no alcanza, en cambio, a configurar la nulidad originada en la sentencia como constitutiva de la causal 6ª. de revisión consagrada en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 41 del Decreto 2304 de 1989.

Con referencia a la nulidad de la sentencia que puso fin al proceso, cabe recordar al profesor Hernando Morales Molina, quien al comentar esta causa en el proceso civil, aplicable al contencioso administrativo, enseña que esta clase de nulidad ocurre "como ya se dijo, con la sentencia firmada con mayor o menor numero de magistrados;o adoptada con un numero diverso de votos al previsto por la ley;o la pronunciada en proceso legalmente terminado por conciliación,desistimiento, transacción, perención, o suspendido o interrumpido; o la que provee sobre puntos que no le corresponde por falta de competencia o jurisdicción; o la carente de motivación total; o la dictada sin atender el señalamiento de fecha para audiencia pedido por una parte en el termino para alegar, que es una forma de hacerlo, como dice la Corte". (Curso de derecho Procesal Civil. Parte General. 1991. Pag. 692).

Corolario obligado de lo anteriormente expuesto es la conclusión a que arriba la Sala de no encontrar configurada la causal 6ª. de revisión consagrada en el articulo 188 del C.C.A. Consecuencialmente, no prospera el cargo.

Segunda causal. Artículo 188, numeral 1 del C.C.A.

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

Afirma el recurrente que la Sección Segunda profirió, la sentencia impugnada "con base en documentos falsos o adulterados" considerando tal hecho como intrascendente, calificación que rechaza el actor porque "considera que no puede ser intrascendente la adulteración y falsificación de varios folios".

Sea lo primero señalar con relación a este cargo la inconsonancia del mismo frente al precepto que consagra la causal de revisión. Sin lugar a dudas resulta indispensable para la prosperidad del cargo por la causal en estudio, que la sentencia se dicte "con fundamento" en los documentos penalmente cuestionados. Estos, cuya falsedad o adulteración debe acreditarse plenamente, han debido ser decisivos para proferir la sentencia de cuya revisión se trata. Deben haber influido ostensiblemente en la decisión, hasta el punto, si se quiere, que sin su concurso, sin su incidencia, el fallo se hubiera tomado en otro sentido, de tal forma que al excluirlos del proceso, la sentencia pierda consistencia y cambie de alcance.

En el anterior orden de ideas, para la Sala resulta absolutamente claro que los aludidos documentos, antes que utilizarlos como fundamento de la sentencia impugnada, lo que la Sección Segunda hizo fue desestimarlos por intrascendentes, por su "no incidencia, en manera alguna, sobre los resultados de este proceso...debido a que, según lo dicho al estudiar la segunda causal de nulidad, es intrascendente que tal anotación se hubiere o no hecho, frente a la impugnación contenida en la demanda". (Folio 24 cdno. No. 1).

Resultan, pues, contrarios a la lógica y al contexto mismo de la causal alegada, los razonamientos del impugnante al afirmar que la sentencia se basó en los documentos falsos o adulterados reconocidos así por la justicia penal, cuando precisamente el fallador en su providencia de segunda instancia, no solo dejo de tomarlos en cuenta como fundamento de la misma, sino que les resto toda importancia. Es entonces incomprensible el planteamiento de la parte actora, hoy recurrente, por cuanto el proceso enseña con toda claridad, que al contrario de lo expuesto en el cargo, los referidos documentos se dejaron de lado, no se valoraron para decidir con apoyo en ellos por su no incidencia en el respectivo fallo.

No quiere decir lo anteriormente expuesto, como parece entenderlo el impugnante, que la adulteración y falsificación de documentos oficiales resulte desatendida por el Juez Contencioso Administrativo. De ninguna manera. Absurdo sería, además de ilegal, desconocer la ilicitud de una determinada actuación, calificada así por el Juez Penal competente. Lo que sucede es que la Situación cambia, es diferente, cuando, como en el subjúdice, a pesar de estructurarse, materialmente el punible de falsedad, éste no es tomado en cuenta para decidir la *litis*, no porque el delito no hubiere sido visto por el fallador, sino, porque para los efectos concernientes a la solución del caso concreto, probatorio y sustancialmente en nada inciden tales documentos. Ese fue el criterio de la Sección Segunda de la Corporación, para desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para concluir que la causa primera de revisión contemplada en el artículo 188 del C.C.A., tampoco se configura en este proceso y, consecuencialmente, no prospera el cargo.

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

IV. FALLA:

PRIMERO. NO PROSPERA el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de noviembre de 1989, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

SEGUNDO. No hay lugar a condena en costas por cuanto no aparecen causadas.

TERCERO. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a la Sección de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de fecha, diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente (ausente); *Jaime Abella Zárate, Carlos Betancur Jaramillo, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Juan de Dios Montes Hernández, Yesid Rojas Serrano, Miguel Viana Patiño, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miren De La Lombana de M.,*

SALA PLENA

Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Libardo Rodríguez Rodríguez, (ausente)*; Daniel Suárez Hernández, Jairo Parra Quijano*, Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERSONERO MUNICIPAL - Facultades / PROCESO DISCIPLINARIO / PROCURADURIA PROVINCIAL - Facultades / PODER DISCIPLINARIO PREFERENCIAL / CONFLICTO DE COMPETENCIAS

A los Personeros Municipales les corresponde no solo adelantar todas las etapas de las investigaciones disciplinarias, sino, una vez que éstas hayan concluído, solicitar al funcionario u organismo competente la imposición de una cualquiera de las sanciones contempladas en la ley, según la gravedad la falta. Lo anterior sin perjuicio de que en virtud del ejercicio preferente del poder disciplinario que corresponde al Procurador General de la nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, las Procuradurías Provinciales puedan iniciar investigaciones disciplinarias en contra de los empleados municipales, o asumirlas. La investigación que en contra del ciudadano adelante la Personería no ha llegado a su fin y, por tal razón, esa dependencia municipal deberá seguir conociendo de la misma hasta el momento en que disponga su cierre y, de existir mérito, solicite a la autoridad competente imponerle la correspondiente sanción.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. C-236. Actor: PERSONERO MUNICIPAL DE MADRID.

SALA PLENA

Procede la Sala a resolver la acción de definición de competencias administrativas ejercida por la Personería Municipal de Madrid, Departamento de Cundinamarca, tendiente a definir el conflicto planteado entre dicha dependencia y la Procuraduría Provincial de Facatativá.

I.- ANTECEDENTES

1o.- Con fundamento en queja presentada el 15 de enero de 1993 por el señor Eliécer Sepúlveda Jaimes en contra del señor José Gersain Tapiero, quien desempeña el cargo de Inspector de Cárcel I-4-06 de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Madrid en razón de haberle exigido al quejoso y a un amigo suyo recluido en la cárcel municipal la suma de $15.000.oo, el personero de la citada localidad ordenó la práctica de algunas pruebas tendientes a determinar las posibles faltas de carácter disciplinario en que pudiese haber incurrido el mencionado funcionario.

2o.- Practicadas como fueron dichas pruebas, el Personero Municipal de Madrid, mediante providencia de 13 de marzo de 1993, resolvió enviar las diligencias adelantadas a la Procuraduría Provincial de Facatativá, pues consideró que de ellas "... salta a la vista que de los hechos estudiados algunos de ellos constituyen faltas de carácter disciplinario de las consagradas en el Título 2 Capítulo 2o. del Decreto Ley 2400 de 1968 y en la Ley 13 de 1984 y en fin de todas las disposiciones que regulan la materia disciplinaria en nuestro país por lo cual salvo mejor concepto de la Procuraduría Provincial existirá mérito para abrir formal averiguación disciplinaria y posteriormente de ser el caso formular pliego de cargos en contra del funcionario involucrado" (fls. 28 y 29).

3o.- Por auto de 10 de mayo de 1993 (fl. 30), la Procuradora Provincial de Facatativá ordenó devolver las diligencias recibidas a la Personería Municipal de Madrid, por competencia de conformidad con lo normado en el numeral 19 " Art.3o. de la Ley 3a. de 1990. Una vez culminada la investigación, el personero enviará copia del fallo a esta oficina y a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación", pues en su concepto dicha norma legal "... faculta a los personeros para adelantar investigación disciplinaria contra los empleados Municipales hasta la culminación y fallo respectivo".

4o.- Mediante providencia de 19 de mayo de 1993, el personero Municipal de Madrid, previas consideraciones acerca de que según el artículo 32 de la Ley 4a. de 1990 la competencia para adelantar la correspondiente investigación disciplinaria radica en la Procuraduría Provincial, y que el "... Consejo de Estado también emitió concepto argumentando que de conformidad con la Ley 4a. de 1990 los Personeros no tienen facultad para sancionar disciplinariamente", resolvió devolver las diligencias a la referida dependencia de la Procuraduría

General de la Nación (fls. 32 y 33). Sin embargo, por auto de 8 de junio de 1993 (fl. 34), el Personero Municipal de Madrid decidió revocar la providencia de 19 de mayo de 1993 y enviar la actuación surtida al Tribunal Administrativo dé Cundinamarca para que dirimiese el conflicto de competencias suscitado, pues estimó que "... es más dilatorio en el proceso remitir nuevamente las diligencias a la Procuraduría Provincial".

5o.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, por auto de 24 de junio de 1993 (fls. 71 a 73), se declaró incompetente para decidir sobre el mencionado conflicto y, con fundamento en el artículo 128-15 de C.C.A., remitió las actuaciones a esta corporación.

6o.- Esta Sala, mediante providencia de 29 de junio de 1993 (fl. 77), dispuso correr el traslado previsto por el artículo 88 del C.C.A.. Dentro del término por él señalado, las partes no presentaron alegatos.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efecto de su análisis, a continuación se transcriben las disposiciones de orden constitucional y legal que tienen directa relación con la materia objeto de esta decisión.

1.- Constitución Política

"Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

".....

"6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

2.- Ley 4ª de 1990

"Artículo 32.- Las Procuradurías Provinciales tendrán las siguientes funciones:

"a) Conocer, en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra empleados oficiales del orden municipal y contra quienes sin tener este carácter ejerzan transitoriamente funciones públicas;...".

3.- Código de Régimen Municipal

"Artículo 139.- Son atribuciones del personero, que cumplirá como defensor del pueblo o veedor ciudadano, las siguientes:

".....

"3ª.) Recibir las quejas y reclamos que toda persona le haga llegar referentes al funcionamiento de la administración, al cumplimiento de los cometidos que le señalen las leyes y los relativos a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados;

"4ª.) Vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan";

".....

"19.- En virtud de las atribuciones 3ª. y 4ª., establecidas en este artículo el Personero podrá, cuando las circunstancias lo ameriten, adelantar las investigaciones disciplinarias del caso, observando lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 49/87, y como consecuencia de esas investigaciones solicitar contra los empleados oficiales, excepto el alcalde sanciones de amonestación, multa, suspensión y destitución al funcionario u organismo competente para el efecto. Igualmente tendrá facultad para vigilar las investigaciones adelantadas por las Comisiones de Personal creadas por el artículo 22 del Decreto 1001 de 1988" (Esta función le fué atribuída por el artículo 3o. de la ley 3ª. de 1990).

De la lectura y análisis de las disposiciones transcritas, para la Sala resulta evidente que el hecho de que el personero de Madrid carezca de facultad para sancionar disciplinariamente al señor José Gersain Tapiero, no implica, por sí mismo, que la Procuraduría Provincial de Facatativá deba asumir, en la etapa en que se encuentra, la investigación que se adelanta en contra del referido empleado municipal.

En efecto, la Sala considera que conforme al artículo 139-19 del Código de Régimen Municipal, la competencia de los personeros para adelantar investigaciones disciplinarias en contra de los empleados oficiales del orden municipal, a excepción del alcalde, llega hasta el momento en que, por encontrarse perfeccionada la investigación de que se trate, procedan a su cierre y calificación y, si es el caso, soliciten al funcionario u organismo a quien corresponda imponer la sanción disciplinaria a que haya lugar, lo cual sólo es

posible una vez se hayan practicado pruebas, se hayan formulado cargos y se hayan recepcionado los descargos a los empleados involucrados en las mismas, con observancia de las reglas establecidas en la ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985, aplicables a dicho orden municipal por expresa disposición del artículo 10°. de la ley 49 de 1987.

En consecuencia, la Sala considera que a los Personeros Municipales les corresponde no solo adelantar todas las etapas de las investigaciones disciplinarias, sino, una vez que éstas hayan concluído, solicitar al funcionario u organismo competente la imposición de una cualquiera de las sanciones contempladas en la ley, según la gravedad de la falta. Lo anterior sin perjuicio de que en virtud del ejercicio preferente del poder disciplinario que corresponde al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, las Procuradurías Provinciales puedan iniciar investigaciones disciplinarias en contra de los empleados municipales, o asumirlas, "... caso en el cual la entidad deberá suspender las diligencias que estuviere adelantando y pondrá a disposición de la procuraduría todos los documentos que sean pertinentes" (ley 13 de 1984, art. 11).

Ahora bien, de la aplicación de los expresados criterios al asunto bajo estudio, la Sala encuentra que si bien a la Procuraduría Provincial de Facatativá le corresponde, llegado el caso, decidir en primera instancia sobre la sanción disciplinaria a que pueda haber lugar por la conducta del señor José Gersain Tapiero, de acuerdo con la ley (ley 4ª. de 1990, art. 32), la investigación que en contra del citado ciudadano adelanta la Personería de Madrid no ha llegado a su fin y, por tal razón, esa dependencia municipal deberá seguir conociendo de la misma hasta el momento en que disponga su cierre y, de existir mérito, solicite a la autoridad competente imponerle la correspondiente sanción.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala no comparte en su integridad el criterio expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de está corporación en concepto de 3 de junio de 1992, en el cual consideró que "...concluída la investigación disciplinaria por parte de los personeros, ya no les corresponderá solicitar al funcionario competente la imposición de sanciones a que haya lugar, sino remitir el expediente al Procurador Provincial para que este resuelva conforme a derecho" (paréntesis y subrayas de esta Sala) (Consejero Ponente Doctor Javier Henao Hidrón, Radicación No. 441).

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

RESUELVE:

Definir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Personería Municipal de Madrid y la Procuraduría de Facatativá, en el sentido de que corresponde a la primera de ellas continuar conociendo de la investigación disciplinaria que adelanta en contra del Señor José Gersain Tapiero.

En consecuencia, remítase el expediente a la Personería Municipal de Madrid.

Con envío de copia, comuníquese esta decisión a la Procuraduría Provincial de Facatativá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

PERSONERO MUNICIPAL - Facultades / PROCESO DISCIPLINARIO / PROCURADURIA PROVINCIAL - Facultades / PODER DISCIPLINARIO PREFERENCIAL / CONFLICTO DE COMPETENCIAS (Aclaración de Voto)

Considero que el Personero Municipal, en materia de régimen disciplinario de los servidores públicos del Municipio, no es otra cosa que un funcionario simplemente instructor, y que, como lo expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto al cual se refiere el proyecto acogido por la mayoría de la Sala, terminada su actividad debe limitarse a remitir el proceso al Procurador Provincial competente para que éste resuelva conforme a derecho.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

Referencia: Expediente C - 236. Actor: PERSONERO MUNICIPAL DE MADRID.

Aun cuando estoy de acuerdo con la definición del conflicto de competencia, según la cual corresponde al Personero Municipal de Madrid seguir conociendo de la investigación administrativa que originó el conflicto, no lo puedo estar en la apreciación que se hace por la mayoría de la Sala en la parte motiva de esta providencia, relativa a que dicho funcionario tiene competencia no sólo para adelantar todas las etapas de investigaciones administrativas disciplinarias, "sino que una vez éstas hayan concluído", previa evaluación de lo que resulte establecido en el proceso administrativo, debe o puede "solicitar al funcionario u organismo competente la imposición de una cualquiera de las sanciones contempladas en la ley, según la gravedad de la falta".

Considero que el Personero Municipal, en materia de régimen disciplinario de los servidores públicos del Municipio, no es otra cosa que un funcionario simplemente instructor, y que, como lo expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto al cual se refiere el proyecto acogido por la mayoría de la Sala, terminada su actividad debe limitarse a remitir el proceso al Procurador Provincial competente para que éste resuelva conforme a derecho.

Miguel González Rodríguez

Fecha: *Ut Supra.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / INCIDENTES - Oportunidad / ACUMULACION DE PROCESOS - Rechazo

En el presente proceso dentro del cual se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil en cuanto al trámite de los incidentes y su reclusión en razón a lo ordenado en el artículo 167 del Código Contencioso Administrativo, el término, para proponer incidentes, y la acumulación es uno de ellos, culmina el último día del traslado para alegar, vale decir, que una vez el proceso entra al despacho para fallo ya no es procedente proponer incidente alguno, salvo el de recusación. Como la presente de acumulación de procesos ha sido propuesta encontrándose el presente negocio para dictar sentencia, deberá rechazarse de plano la solicitud, dándose así aplicación a la previsión contenida en el inciso 1o. del artículo 138 del C. de P.C., modificado por el numeral 74, artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. AC-1064. Actor: FERNANDO LUIS MARTINEZ MENDEZ.

En escrito de fecha 4 del mes en curso el apoderado Judicial del Senador José Blackburn Cortés solicita, afirmando reiterar lo expresado en su alegato de conclusión, la acumulación a este proceso del "radicado con el número AC-1276 del cual es Consejero Ponente el H. Magistrado Dr. Jaime Abella Zárate, en el que, además aparece como actor el señor Fernando Luis Martínez Zárate (sic) quien solicita a la Corporación la pérdida de la investidura del demandado en ambos juicios, el Senador JOSE BLACKBURN CORTES".

Acompañó a su petición copia informal del auto admisorio de la demanda de fecha 25 de octubre de 1993.

Para resolver,

SE CONSIDERA

Prescribe el artículo 167 del C.C.A. que el trámite de los incidentes suscitados dentro del proceso contencioso administrativo se tramitará en la forma indicada en los artículo 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y que, en cuanto a su preclusión y efectos, se seguirá el mismo estatuto. No señala el Capítulo I, Título XI, Sección 2a. Libro 2o., del Código de Procedimiento Civil, cuál es el término de preclusión de los incidentes, en general, como tampoco lo expresa el Capítulo III del mismo estatuto, al tratar específicamente sobre la acumulación de procesos. Sinembargo, de la redacción del artículo 138 *ibídem* se deduce claramente la existencia de dicho límite al precisar que serán rechazados de plano los incidentes que se promuevan fuera de término.

Ahora bien, existiendo un vacío sobre la determinación del plazo para la solicitud de acumulación en las normas que regulan la tramitación de la acumulación de procesos, así como también en las que fijan de manera general el trámite de los incidentes, es lógico y de rigor jurídico llenar tal ausencia en la forma indicada en el artículo 5o. del estatuto procedimental, recurriendo, por vía analógica, a la preceptiva contenida en su articulo 404 que, al tratar sobre la oportunidad para dictar sentencia dentro del proceso ordinario, señala que el plazo que las partes tienen para proponer incidentes, se extiende en el proceso hasta la fecha en que vence el término del traslado para alegar.

Así las cosas es lógico deducir que, en el presente proceso dentro del cual se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil en cuanto al trámite de los incidentes y su preclusión en razón a lo ordenado en el artículo 167 del Código Contencioso Administrativo, el término para proponer incidentes, y la acumulación es uno de ellos, culmina el último día del traslado para alegar, vale decir, que una vez el proceso entra al despacho para fallo ya no es procedente proponer incidente alguno, salvo el de recusación.

Ahora bien, como la presente acumulación de procesos ha sido propuesta por el apoderado del Senador José Blackburn Cortés encontrándose el presente negocio para dictar sentencia, deberá rechazarse de plano la solicitud, dándose así aplicación a la previsión contenida en el inciso 1o. del artículo 138 del C. de P.C., modificado por el numeral 74, artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989.

A similar determinación habrá de llegarse, si se tiene en cuenta que el peticionario de la acumulación no llenó los requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, pues no acompañó a su solicitud las certificaciones allí exigidas, como tampoco la copia de la demanda del proceso que pretende acumular, requisitos estos cuya ausencia, como anexos que deben ser a su petición, generan, en los términos del citado artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, el rechazo del incidente por no reunir la solicitud, los requisitos formales exigidos por la ley.

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

RESUELVE

Rechazar de plano la solicitud de acumulación de procesos propuesta por el señor apoderado del Senador José Blackburn Cortés, por haber sido promovido fuera de término y no reunir los requisitos formales exigidos en el artículo 159, inciso 1o. del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 88, artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989.

Cópiese, notifíquese, cúmplase

Miguel Viana Patiño.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica

Para que sea posible que autos interlocutorios o sentencias dictadas por las secciones del Consejo de Estado -excluída la Quinta- tratándose de asuntos electorales, sean infirmados al hacerse uso del recurso indicado, es menester que, además de precisarse por quien lo interponga la providencia o providencias en donde se halle la Jurisprudencia que se repute contrariada con la tésis expuesta en el auto o sentencia de que se trate, se demuestre que, en verdad, ésta ha acogido doctrina opuesta a la de la Corporación. Y se entiende por tal, la que haya sido adoptada, bien por la propia Sala Plena, bien por la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo -la existente antes de la división en secciones-, bien por la hoy desaparecida Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incompatibilidades / PERSONA NATURAL / PERSONA JURIDICA / IMPEDIMENTO MORAL - Improcedencia / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / IGUALDAD ANTE LA LEY

La disposición de la cual se dedujo por parte e la Administración la pretendida incompatibilidad en cabeza del Gerente y socio gestor de la sociedad licitante (artículo 18 del Código Fiscal del Huila), no tenía ninguna aplicación para el caso que se analizaba, pues consagrando ella en su numeral 1, las incompatibilidades con respecto a las personas naturales que tuvieren la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales en ejercicio de sus cargos o luego de hacer dejación de los mismos, resultaba un contrasentido predicar su ocurrencia con respecto a uno de los socios de una persona jurídica, la cual como la consagran las leyes,

desde el mismo momento de su constitución legal forma un ente distinto de las personas naturales que la integran. Constituye principio fundamental del derecho público, que en tanto que los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que expresamente les está atribuído, los particulares tienen la posibilidad de realizar todo lo que no les esté prohibido, principio éste del que se deriva aquél según el cual las causales de inhabilidad o de incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente prescritas por la Constitución y, la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva.

ACTO DE EXCLUSION DE LA PROPUESTA / PROPUESTA DE CONTRATO / ADJUDICACION DEL CONTRATO / PRESUNCION DE LEGALIDAD / IRREGULARIDAD PROCESAL / IGUALDAD DE LOS PROPONENTES

El sólo hecho de la exclusión ilegal de una propuesta de cualquier proceso licitatorio no engendra ni necesaria ni automáticamente la ilegalidad de la adjudicación pues bien puede suceder que a pesar de ello, la adjudicación del contrato se haya realizado en favor de otro licitante, distinto de quien alega la ilicitud de exclusión, cuya oferta resultaba ser la más favorable para los intereses de la entidad pública. No habiendo demostrado la parte actora que su propuesta fué la más favorable, la Sala considera que por la misma razón no se desvirtuó el estudio de las propuestas ni la decisión que adoptó la administración de adjudicar el contrato a la otra sociedad, y en esas condiciones, tales análisis y decisión consolidan su presunción de legalidad, lo cual impide la prosperidad de la pretensión anulatoria del acto de adjudicación del contrato. A su vez, como la decisión del *a-quo* de anular el contrato se fundamenta de manera exclusiva y necesaria en la ilegalidad de la adjudicación, no siendo viable la declaratoria de ilegalidad de esta última, tampoco es posible dicha declaratoria respecto del mencionado contrato. Del hecho de no haberse proferido la Resolución de adjudicación y no haberse comunicado ésta a los proponentes no favorecidos como lo dispone el artículo 45 del Código Fiscal del Huila, la Sala considera que la omisión en el cumplimiento de esta norma de carácter adjetivo por parte de la Administración, no constituye, por sí sola, ni una transgresión normativa de tal entidad que conlleve la ilegalidad del acto de adjudicado del contrato, ni una ruptura del principio de igualdad de los proponentes, debido a que con tal omisión no se desmejoró ninguno de ellos, así como tampoco se crearon privilegios de uno frente a lo demás. La ilegalidad del acto de exclusión de la propuesta presentada por la

parte actora no genera ningún tipo de perjuicios debido a que ello no tuvo incidencia alguna en la escogencia de la propuesta más favorable a los intereses de la empresa licitante.

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

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-216. Recurso Extraordinario de Súplica, contra la sentencia de 6 de abril de 1989, de la Sección Tercera de la Corporación. Actor: SOCIEDAD HERNANDO ARTUNDUAGA PAREDES E HIJOS.

Por haber sido negada la ponencia presentada inicialmente, procede la Sala a decidir, de acuerdo con el criterio mayoritario, el recurso extraordinario de suplica interpuesto por la sociedad "Hernando Artunduaga Paredes e Hijos" contra la sentencia de 6 de abril de 1989, proferida por la Sección Tercera de esta corporación en el proceso que tuvo origen en demanda incoada por aquella contra la Industria Licorera del Huila.

I.- ANTECEDENTES:

1.- Mediante *libelo* cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Administrativo del Huila, la parte actora solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra la demandada, a saber:

"**PRIMERA**.- Es nulo el acto administrativo de la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA contenido en el Acta No. 007, correspondiente a la sesión de la Junta Directiva de la Empresa, celebrada el día 18 de marzo de 1982, mediante el cual se desestimó la propuesta de la Sociedad "HERNANDO ARTUNDUAGA E HIJOS S.C.A. -REINDUSTRIAS", en la licitación pública abierta por el instituto del Estado arriba mencionado, para la Adjudicación del contrato de distribución de los licores de producción de la factoría o que ella represente o envase, en el territorio del Departamento del Huila, al haberse producido tal desestimación esgrimiendo una incompatibilidad inexistente.

"**SEGUNDA**.- Es nulo el acto administrativo de la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA contenido en el Acta No. 007, correspondiente a la sesión de la Junta Directiva de la Empresa, celebrada el día 18 de marzo de 1982, mediante el cual se adjudicó a la firma C.I. TRADECOL S.A.", el contrato de distribución de los licores de producción de la factoría,

o que ella represente o envase, en el territorio del departamento, sin haber considerado la propuesta de mi mandante.

"**TERCERA**.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores y de haberse omitido la Resolución de adjudicación de que trata el artículo 45 del Decreto No. 00849 de 1978 (Código Fiscal del Huila), lo mismo que su notificación y la comunicación a los proponentes no favorecidos, es nulo el contrato celebrado entre la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA y la sociedad "C.I.TRADECOL S.A." para la distribución en todo el territorio del departamento del Huila, de los licores y similares que produzca, importe, represente o envase la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA".

"**CUARTA**.- Como secuela de las declaraciones anteriores y como restablecimiento del derecho, condénese a la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA a pagar a la sociedad "HERNANDO ARTUNDUAGA E HIJOS S.C.A. REINDUSTRIAS", la cantidad que resulte probada por concepto de utilidades obtenidas en la ejecución normal del contrato, tal como se tasan adelante.

"**QUINTA**.- Que en la misma sentencia se ordene a la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA dar cumplimiento al artículo 121 del Código Contencioso Administrativo". (se refiere al Código contenido en la Ley 167 de 1941, vigente en la época).

2.- Las peticiones anteriores se fundamentaron en hechos que describen la naturaleza jurídica de la entidad contra la cual se endereza la acción, los pasos que se dieron, por disposición de la junta directiva de la empresa, desde la apertura de una licitación publica el 8 de febrero de 1982 hasta su cierre el 9 de marzo del mismo año, en la cual se hizo presente la compañía "HERNANDO ARTUNDUAGA PAREDES E HIJOS S.C.A. - REINDUSTRIAS" en competencia con otras firmas que hicieron lo propio, y, no obstante que ofreció mejores condiciones globalmente estimadas, durante la reunión que la junta directiva de la licorera celebró el 18 de marzo siguiente, se descartó su propuesta por cuanto su gerente, Doctor HERNANDO ARTUNDUAGA PAREDES tenía una supuesta incompatibilidad para contratar con el Departamento, según el numeral 1 del artículo 18 del Código Fiscal del Huila, hecho este que es uno de los motivos de esta demanda", consistente en que dicho señor ejerció la Gerencia de la BENEFICIENCIA DEL HUILA y, desde su retiro, no había, transcurrido un año. Dice el demandante que esa incompatibilidad no se da, porque lo que puntualiza el art. 18 del Código Fiscal del Huila sobre el particular es lo siguiente: "Esta prohibición se extiende por todo el año siguiente a la fecha de su retiro, si se trata de la celebración de contrato con la entidad a la cual prestaron sus servicios o con organismos del sector administrativo al que esta

misma pertenece", lo que no se conjuga en el caso *sublite* dado que el señor ARTUNDUAGA PAREDES no fue gerente de la INDUSTRIA LICORERA sino de la BENEFICENCIA, y mientras ésta es dependencia de la Secretaria de Gobierno (art. lo. del Decreto 628 de 1970 -departamental-), aquélla lo es de la Secretaría de Hacienda (art. lo. del Decreto 192 de 1981 -también departamental-, amén de que la sociedad es persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados.

3.- La INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA se opuso a las pretensiones de la demandante aduciendo que por la sola circunstancia de que una persona concurra como proponente en una licitación no adquiere ningún derecho que se pueda valorar en dinero, pues no se lesionan de ese modo derechos adquiridos, dado que éstos deben entenderse como los que han entrado al patrimonio del beneficiario. Por lo tanto, cuando la Junta Directiva de la Licorera adjudicó el contrato a "C.I. TRADECOL S.A.", se acogió en todo a los factores preestablecidos para la adjudicación en el pliego de condiciones.

4.- Igualmente, la compañía "COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL TRADECOL S.A." se hizo parte en el juicio como impugnador e insiste en la incompatibilidad que había para el doctor Artunduaga en su condición de socio-gestor de la sociedad que lleva su nombre, por haber desempeñado, antes de un año, el cargo o empleo de Gerente de la Beneficencia del Huila, porque es lógico entender que los impedimentos las inhabilidades se extienden a toda la administración departamental. Agrega que la falta de resolución en la adjudicación del contrato en nada afecta por cuanto el mismo no deriva su existencia de la resolución sino del Acta numero 007 del 18 de marzo de 1982.

5.- El Tribunal Administrativo del Huila, al fallar en primera instancia, accedió a declarar nulo el acto administrativo mediante el cual se adjudicó el contrato de distribución tantas veces mencionado y el contrato en sí considerado, mas denegó las demás súplicas de la demanda, que es en lo que estriba el motivo de la apelación interpuesta por la parte actora y que desató la sentencia de la Sección Tercera que es ahora objeto de la presente súplica, en cuanto a la indemnización económica atañe.

6.- Quepa agregar que el expediente original desapareció durante los acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el antiguo Palacio de Justicia, de Bogotá, cuando se hallaba en la etapa de dictar sentencia de segunda instancia, y que fue reconstruído, en forma oportuna, dentro de los parámetros del Decreto Extraordinario 3825 de ese año.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA EN SUPLICA

Una vez referidos los puntos preliminares del litigio, el sentenciador *ad-quem* revocó la providencia del Tribunal Administrativo del Huila en todas sus partes y, en su lugar, denegó todas las pretensiones de la parte actora porque pese a que no se dan, en sentido estricto, las causales de inhabilidad o de incompatibilidad para celebrar contratos al tenor del Código Fiscal de ese departamento, es innegable -afirma que aquí juega el concepto de INCONVENIENCIA, dado que "cuando el Consejo de Estado conoce de asuntos como el presente, tiene la más amplia libertad para examinar y definir la *litis*, a la luz de lo alegado y probado. En otras palabras, su tarea viene a ser la misma de la persona u órgano encargado de hacer la adjudicación, lo que hace posible que si la motivación de la decisión que se revisa, no es la adecuada, pero sí otra, es ésta la que debe informar la decisión como ocurre en el *sub-lite*. Quede pues, bien en claro que para esta Sala era inconveniente, por razones de índole moral, hacer la adjudicación del contrato a la sociedad demandante...", debido a que el "juez administrativo tiene una amplia potestad revisora de la decisión tomada por la persona u órgano que la hizo o, por la declaratoria de condena al pago de los perjuicios causados. En otras palabras, él tiene vocación para pronunciarse sobre la conveniencia u oportunidad de la conducta administrativa, y dentro de ése marco ejerce un amplio control de tutela....

De allí deriva que como el Socio-Gerente de la sociedad actora hacia menos de un año que había dejado la gerencia de la Beneficencia del Huila, "no es de recibo la tesis de que como era el *sub-lite* no se da ninguno de los casos de incompatibilidad consagrados en el artículo 18 del Código Fiscal del Huila, el contrato se podía concretarse con la firma actora. El Derecho es algo más que la ley, y por lo mismo, el examen de las realidades fácticas, que originan los conflictos de intereses, admiten una valorización a la luz de los principios generales, de la moral y de los valores que informan la ciencia. La conciencia ciudadana se resiste a que los altos funcionarios del Estado, recién salidos de la administración, aprovechen sus vinculaciones con ella para celebrar actos jurídicos de naturaleza contractual. Aunque la ley nada consagre sobre el particular, planteado el litigio, el juez tiene vía expedita para llenar los espacios intersticiales con una interpretación encuadrada dentro de la lógica de lo razonable".

III.- LOS CARGOS ESGRIMIDOS POR EL RECURRENTE

Además de sostener que el fallo que censura contraria "flagrantemente" jurisprudencias de la propia Sección Tercera (de 20 de junio de 1983, expediente No. 3355; de 8 de febrero de 1985, expediente No. 2748; de 9 de febrero de 1987, expediente No. 4694, y de 9 de diciembre de 1988, expediente No. 3528; y otros) y de la Sección Primera (de 18 de julio de 1972), "Anales", Tomo 83,

Nos. 435-436, pág.235), cita y explica que, así mismo, quebranta o es opuesto a tesis doctrinales acogidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, así:

1o.) En sentencia de 18 de marzo de 1981, expediente No. 651 actor: Yolanda Carrillo de Gómez; Consejero Ponente, doctor Gustavo Humberto Rodríguez R. ("Anales", tomo C, Nos. 469-470, págs.435 a 439);

2o.) En sentencia de 18 de mayo de 1990, expediente No. 651, actor: Francisco Luis Hincapié; Consejera Ponente, doctora Clara Forero de Castro ("Extractos", tomo VIII, págs. 29 a 43 y,

3o.) En sentencia de 3 de junio de 1987.- expediente No. S-003; actor; Sociedad Ericsson de Colombia S.A.; Consejero Ponente, doctor Julio César Uribe Acosta ("Anales", tomo CXII,I Nos. 493-494, págs. 780 a 796).

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Una vez más, la Sala Plena ha de reafirmar su constante posición interpretativa acerca de los alcances del recurso extraordinario de súplica, el cual tuvo origen, como es sabido, en el art. 2o.de la Ley 11 de 1975 y regido posteriormente por el ya citado art.130 del C.C.A., conforme al texto subrogatorio del art.21 del Decreto-Ley 2304 de 1989.

Al tenor de ella, según las fundamentaciones trazadas, primero en el conocido fallo de 25 de marzo de 1981 (,Exp.10392,actor Dionisio Ariza; Consejero Ponente,doctor Carmelo Martínez Conn; "Anales", tomo C, nums. 469-470) y más recientemente, en el de 30 de agosto de 1988 (Exp. S-009, actora: Editorial Mercurio S.A.; Consejero Ponente, doctor Simón Rodríguez; "Extractos", tomo I,Págs. 116 y 117) y en la de 31 de los mismos mes y año (Exp. No. S-032, actor, Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda.; Consejero Ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo), entre otros, proferidos ya bajo la vigencia de la normatividad anotada, que le comunica con mayor fuerza, si cabe a la institución de este medio extraordinario que se reestudia, puede señalarse lo siguiente:

Para que sea posible que autos interlocutorios o sentencias dictadas por las secciones del Consejo de Estado -excluída la Quinta tratándose de asuntos electorales (art. 231 del C.C..A. art. 6o. de la Ley 14 de 1988)-, sean infirmados al hacerse uso del recurso indicado, es menester que, además de precisarse por quien lo interponga la providencia -o providencias- en donde se halle la jurisprudencia que se repute contrariada con la tesis expuesta en el auto o sentencia de que se trate, se demuestre que, en verdad, ésta ha acogido doctrina o esta a la de la Corporación. Y se entiende por tal, la que haya sido adoptada,

bien por, la propia Sala Plena, bien por la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo -la existente antes de la división en secciones (decreto ley 528 de 1964)-, bien por la hoy desaparecida Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado.

Se recuerdan estos puntos de vista por cuanto, como se dijo, el recurrente en el caso *sub-júdice* registra como contrariadas jurisprudencias de las Secciones Primera y Tercera, amén de una emitida por la Sala Plena sí, pero posteriormente a la que en este momento ha de estudiarse que es la del 6 de abril de 1989. Es decir, que la Sala, en esta ocasión, limitará el parangón respecto a la sentencia de 18 de marzo de 1981 (exp. No. 651, actor: Yolanda Carrillo de Gómez, Consejero Ponente, doctor Gustavo Humberto Rodríguez) y al auto de 3 de junio de 1987 (expediente No. S-003, actor: sociedad Ericsson de Colombia S.A.; Consejero Ponente, doctor Julio César Uribe Acosta), prescindiendo de la que obra en el expediente No. S-121, puesto que mal ha podido ser contrariada o desconocida cuando aún no exita. Igualmente, hará caso omiso de las que cita como proferidas por las secciones.

2.- El primer cargo lo hace consistir el impugnador en que la sentencia que critica revoca la providencia del *a-quo* por cuestiones éticas, por motivos de inconveniencia, no con fundamento en lo que, sobre incompatibilidades e inhabilidades establece el Código Fiscal del Huila, valorándolo todo a la luz de los principios generales de la moral y de los valores que informan la ciencia jurídica, no obstante que la Sala Plena ha predicado que aunque "desde luego es importante esa fase moral" ha debido "acudirse, en primer término, a las reglas, de interpretación de la ley que da ella misma, Y ADEMAS CONSIDERARSE QUE EL DERECHO ES DIFERENTE DE LA MORAL, de la cual se distingue por su bilateralidad, su coercibilidad y su heteronomia, según la cual su origen no dimana de la voluntad del particular, ni del juez, sino del legislador.... Es de presumir que el legislador de este evento ha tenido en cuenta razones del orden administrativo que han primado sobre las del estrictamente moral, o a éstas no se les ha reconocido fundamento, pues es bien sabido que el Derecho no se subordina a la moral, ni viceversa, sino que sólo en ocasiones tienen recíproca influencia".

3.- Al analizar el asunto, la Sala encuentra que efectivamente la tesis planteada por la Sección Tercera en el fallo recurrido y que constituyó su fundamento central para adoptar la decisión de revocar la sentencia de primera instancia, contraria la jurisprudencia de esta Sala Plena contenida en la sentencia del 18 de marzo de 1981 en la cual se dijo:

> "4.- La sentencia apelada acude a fundamentaciones éticas para sustentar su tesis de que el citado Art. 7o. cobija con inhabilidades a quienes durante

el período anterior a la elección popular tuvieron la calidad de miembros de las Juntas. Desde luego, es importante esa fase moral, pero en primer término ha debido acudirse a las reglas de interpretación de la ley que da ella misma, y además considerarse que el derecho es diferente de la moral, de la cual aquel se distingue por su bilateralidad, su coercibilidad y su heteronomia, según la cual su origen no dimana de la voluntad del particular ni del juez sino del legislador, quien en la materia cuestionada no ha señalado un trámite temporal preciso a partir del cual se cuenta la inhabilidad como ocurre con los congresistas y los diputados, sino que, en sentido contrario, ha dispuesto que ella desaparece cuando se pierde la investidura de administrador. Es de presumir que el legislador en este evento ha tenido en cuenta razones del orden administrativo que han primado sobre las del estrictamente moral o a éstas no les ha reconocido fundamento, pues es bien sabido que el derecho no se subordina a la moral, ni viceversa, sino que sólo en ocasiones tienen recíprocas influencias (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de Marzo 18 de 1981.Exp. No. 651, Actor Yolanda Carrillo de Gómez. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez R. (Anales del Consejo Nos. 469-470, Tomo C, Año LVI, pág. 438).

Para la Sala es suficiente la lectura comparativa de las dos sentencias enfrentadas, para concluír que la producida por la Sección Tercera en la segunda instancia de este proceso es contraria a la ya citada y transcrita sentencia de Sala Plena, puesto que las razones de índole moral que puedan predicarse con respecto al régimen, jurídico de la contratación administrativa sólo pueden tener cabida y aplicación en el derecho en la medida en que el legislador las haya elevado a la categoría de normas legales, tal como acontece, precisamente, en el caso de las incompatibilidades para contratar, cuya taxatividad no admite aplicaciones ni interpretaciones extensivas.

Como consecuencia de lo expuesto, en la parte resolutiva de este fallo habrá de procederse a adoptar la decisión infirmatoria de la sentencia recurrida.

V.- EL FALLO DE INSTANCIA

Sobre la base de lo anterior, corresponde a la Sala proferir el fallo de instancia, a lo cual procede de la siguiente manera:

Las diversas piezas procesales que integran el expediente reconstruido, y cuya autenticidad fue, decretada en el trámite de la reconstrucción, dan cuenta de que contra la sentencia de primera instancia interpusieron recurso de apelación las partes demandante (fls. 52 a 59 anexo No. 1) y demandada (fls.

61 a 92 anexo No. 2), con fundamento en las razones que se expresan más adelante.

a.- **La sentencia recurrida**

Mediante la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 20 de junio de 1983 se declaró la nulidad de los siguientes actos:

1) Del acto administrativo emanado de la Industria Licorera del Huila, contenido en el Acta de Junta Directiva de 18 de marzo de 1982, por el cual se adjudicó a la firma C.I. Tradecol S.A. el contrato de distribución de los licores de producción de dicha Industria o que ella represente o envase en el territorio del Departamento del Huila.

2) Del contrato celebrado entre la Industria Licorera del Huila y la Sociedad C.I. Tradecol S.A. para los efectos mencionados en el literal que antecede.

De otra parte, la aludida sentencia denegó la pretensión de la demanda consistente en condenar a la Industria Licorera del Huila a pagar a la sociedad actora, a título de restablecimiento del derecho, la cantidad que resultara probada por concepto de las utilidades que hubiese obtenido en la ejecución normal del contrato.

Las consideraciones principales sobre las cuales reposa el fallo de primera instancia, son las siguientes (fls. 2 a 28 Anexo No. 1):

Como quiera que la razón que asistió a la Industria Licorera del Huila para rechazar la propuesta presentada por la Sociedad actora consistió en que su Gerente y Representante Legal,estaba incurso en la incompatibilidad contemplada en el artículo 18 del Decreto 00849 de 1978 (Código Fiscal del Departamento del Huila), debido a que había desempeñado el cargo de Gerente de la Beneficencia del Huila y aún no había transcurrido un año desde la fecha de su retiro, el Tribunal estimó que frente al asunto analizado no se presentaba dicha incompatibilidad, pues de acuerdo con la citada norma la causal alegada sólo puede, tener operancia entratándose de aquellos casos en que se pretenda contratar con la entidad a la cual prestaron sus servicios o con organismos del sector administrativo al que ésta pertenece y, probado está, que mientras la Beneficencia, como establecimiento público que es, se encuentra adscrita a la Secretaria de Gobierno, la Industria Licorera es una empresa industrial y Comercial adscrita a la Secretaría de Hacienda. En consecuencia, aun cuando las dos entidades forman parte de la Administración Pública Departamental, no puede decirse que pertenezcan al mismo sector administrativo, por cuanto están

adscritas a diferentes Secretarias. Igualmente, la descrita incompatibilidad no puede extenderse en relación con toda la Administración Departamental..." pues la misma palabra sector significa 'parte o porción con cierta unidad o caracteres comunes', concepto que viene a limitar el campo de aplicación de la inhabilidad y a justificar la precaución en la medida en que la administración pueda verse afectada por el tráfico de influencias y la inmoralidad".

En las condiciones descritas se desconocieron los dos principios básicos que inspiran la licitación, es decir, la igualdad de los licitantes y el cumplimiento estricto del pliego de condiciones, por cuanto al primero de ellos y en razón de la supuesta incompatibilidad se colocó a la sociedad demandante en inferiores condiciones frente a las otras propuestas, hasta el punto de excluírla de tal proceso ya que su oferta no fue siquiera estudiada a la luz del pliego de condiciones; y en cuanto al segundo de los mencionados principios, debido a que la actora reunió los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, en cuanto a participantes y demás pautas, se le privó de participar en las otras etapas de la licitación.

Como quiera que en el proceso de licitación se pretermitió la resolución de adjudicación y consecuencialmente su notificación y la comunicación del resultado a los proponentes vencidos, ello implica la violación del artículo 45 del Código Fiscal del Huila, lo cual conlleva a predicar la nulidad del "... acto de adjudicación de la distribución de los licores del Departamento del Huila, y también, el contrato pues es consecuencia de la nulidad de tal adjudicación".

En lo atinente a la indemnización de perjuicios, que en la forma solicitada en la demanda implica el reconocimiento y pago del lucro cesante, el Tribunal considera que conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, que se transcribe en la sentencia, no hay lugar a decretarla, toda vez que dicha Corporación ha expresado "... que la adjudicación de una licitación representa una eventualidad, y por lo mismo, no ofrece las características de certeza y concreción que reclaman decisiones de esta naturaleza".

b.- **Las razones de inconformidad de la parte actora**

En su escrito de apelación y en su alegato de conclusión, la parte actora expresa de la manera como se resume a continuación su inconformidad para con la sentencia recurrida, en cuanto por ella se denegó la pretensión de condenar a la Industria Licorera del Huila a pagarle, a título de restablecimiento del derecho, la cantidad que resultare probada por concepto de las utilidades que hubiese obtenido en la ejecución normal del contrato (fls. 52 a 59 y 60 a 63 Anexo No.1):

Quien participa en una licitación pública, aceptando con tal hecho las condiciones propuestas por el Estado en el pliego de condiciones, adquiere una mera expectativa que se transformará en derecho en la medida en que se constituya en la más favorable para los intereses de la Industria Licorera del Huila, y esté ajustada al pliego de condiciones, tal como se encuentra consignado en el acápite 2.1 de dicho pliego.

La propuesta presentada por la actora, se expresa en los mencionados escritos, era la única que cumplía con los criterios señalados en el pliego de condiciones y, en tal virtud, debió procederse a la adjudicación del contrato, dado que no se dieron las causales para haberse procedido a declarar desierta la licitación.

A pesar de que en la referida Acta, No. 007 de adjudicación del contrato, y una vez descartada ilícitamente la propuesta de la actora, se expresa que las propuestas restantes cumplieron con todos los requerimientos exigidos, ello no resulta cierto, por las siguientes razones:

1a) La propuesta presentada por José Marra Delgado y Cía. Ltda. no presentó su organización de ventas, como aparece en la citada Acta; la propuesta de compras mínimas de licores está por debajo de la formulada por la actora y el incremento anual por compra es del 11%. En cambio, la actora presentó su organización de ventas y además ofrece una clientela en el mercado a explotar con el contrato.... (....) ..... que es el resultado de muchos años de experiencia y presencia en el mercado con la distribución de muchos otros productos nacionales e importados".

2a) La propuesta presentada por C.I. Tradecol S.A. presenta dos fallas fundamentales, a saber: a) Su objeto social descrito en el certificado de la Cámara de Comercio no le autoriza para ejercer el tipo de negocios que se proponía el contrato de cuya licitación se trataba y, b) no presentó el numero de agencias que posee en el territorio del Departamento del Huila, como lo exige el ordinal f) del *acápite* 2.1 del pliego de condiciones.

A lo anterior se suma el hecho de que esta empresa, dice también la actora, no está inscrita en el Registro de Proveedores y por tal razón no podía ser contratista de la Industria Licorera ni de sus institutos descentralizados o empresas industriales y comerciales, por expresa disposición del artículo 16 del Código Fiscal, como se demuestra con la certificación que se acompaña con el alegato de conclusión.

De lo precedente se concluye, según la actora, que si la propuesta de ... HERNANDO SANCHEZ H. y ENRIQUE FALLA F. adolecía de fallas de

tipo legal y además no cumplía con el pliego de condiciones; la de JOSE MARIA DELGADO CIA. LTDA. y la de C.I. TRADECOL S.A. presentaban fallas de tipo legal, no cumplían el pliego de condiciones y además resultaban económicamente Inferiores a la de mi, cliente, como está ampliamente demostrado en el proceso, la propuesta de HERNANDO ARTUNDUAGA PAREDES E HIJOS S.C.A. "REINDUSTRIAS" resultaba la más conveniente para los intereses de la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA y se ajustaba al pliego de condiciones, por lo cual adquiría necesariamente el derecho a ser la adjudicataria del contrato sometido a licitación". (Mayúsculas y subrayas de la actora).

Por último, la sociedad actora expresa que el pedimento de que se acceda a decretar la indemnización solicitada encuentra su fundamento en la sentencia proferida por el Consejo de Estado según la cual "El perjuicio se presume; en materia contractual éste surge por el sólo hecho del incumplimiento. Recuérdese que el acto de adjudicación concreta el ajuste de las voluntades de las partes contratantes" (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de junio de 1983, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 3335).

c.-**Las razones de inconformidad de la parte demandada**

En su escrito de alegato de conclusión ante esta Corporación, la parte demandada, igualmente apelante de la sentencia de primera instancia, solicita la revocatoria del fallo recurrido en cuanto dispuso la anulación del acto de adjudicación del contrato, así como del contrato mismo celebrado con la firma C.I. Tradecol S.A. Subsidiariamente solicita que en caso de declararse que el acto de exclusión de la sociedad actora del proceso licitatorio es nulo, se declare en cambio que no son nulos ni el acto de adjudicación del contrato ni el contrato mismo. Las razones en las cuales se fundamentan las anteriores peticiones son, en resumen, las siguientes (fls. 61 a 92 Anexo No. 2):

De conformidad con el artículo 18 del Código Fiscal del Huila, el socio y gestor de la sociedad actora Hernando Artunduaga Paredes se encuentra incurso en incompatibilidad para contratar por interpuesta persona con la Administración Departamental del Huila, pues el término "Sector administrativo" que dicha norma consagra debe interpretarse en el sentido que cubre todo el ámbito del ente territorial y no puede circunscribirse a la consideración de que una dependencia esté sujeta al control de tutela de una Secretaria o de otra. Siendo la persona jurídica una ficción legal y no obstante ser considerada como un ente distinto de los socios individualmente considerados, " ... no puede sustraerse ni suprimiese el sustratum de las personas que integran esas personalidades para hacer caso omiso de la realidad y considerar que tales personas ninguna relación

ni influencia pueden tener en la vida de la sociedad, ni hallarse, por consiguiente, en situaciones de incompatibilidades como la que se trata en este proceso".

De todas maneras, expresa la parte demandada, la incompatibilidad se aplica tanto a la sociedad como al socio Hernando Artunduaga Paredes por la circunstancia de que la Industria Licorera del Huila hace parte del sector administrativo descentralizado del Departamento y no puede restringirse su pertenencia al sector de la Secretaria de Hacienda sino que pertenece, en todo caso, a la Administración Departamental.

La ausencia de la resolución de adjudicación del contrato está suplida con el contenido del Acta No. 007 de 1982, ya que la existencia formal del mencionado acto administrativo es un elemento *ad probationem* pero *no ad sustanciam actus*.

De la simple lectura de la evaluación de las propuestas y del estudio financiero que realizó la Administración para adjudicar el contrato a la Sociedad C.I. Tradecol S.A. puede fácilmente concluirse que aún en el evento de haberse considerado la propuesta de la demandante la primera firma habría ganado la licitación, pues desde el punto de vista de las conveniencias y de los criterios señalados en el pliego de condiciones para verificar la adjudicación del contrato era la más favorable para los intereses de la Industria Licorera, ya que resultaba superior su capital pagado e invertido, el capital de trabajo,la rotación de las cuentas por cobrar y la razón de liquidez, el número de salas de exhibición, las ventas propuestas y los recursos humanos que dedicaría para el cumplimiento del contrato.

Habiéndose demostrado que la adjudicación del contrato no fué ilegal por el hecho de no haberse considerado la propuesta de la actora, mal puede inferirse la nulidad del contrató celebrado, como lo decide la sentencia de primera instancia, además de que "la ameritada circunstancia no constituye tampoco una causal de nulidad absoluta que pueda ser declarada de oficio por el Juez", ya que no se encuentra consagrada como tal en el Decreto Ley 150 de 1976, ni en el Código Fiscal del Huila.

Siendo el contrato celebrado un acto jurídico ajeno a la sociedad actora, ésta carece de titularidad para solicitar la anulación del acto contractual que sólo crea derechos y obligaciones entre la firma C.I. Tradecol S.A. y la parte demandada.

La jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en la sentencia de 20 de junio de 1983, citada por la actora, no tiene operancia en este caso por cuanto se ha demostrado, o se desprende del análisis de las propuestas, que

dicha firma no tenía vocación ni derecho para ser la adjudicataria del contrato, además de que la adjudicación fue un acto que la entidad interesada, preció como justo,teniendo en cuenta, obviamente, la que le fuera más favorable.

Además de no ser cierto ni válido el argumento de la demandante en el sentido de que la sociedad adjudicataria carecía de capacidad estatutaria para desarrollar el contrato adjudicado, se llama la atención acerca de que tal hecho no fué considerado en la demanda y, por ende, no puede ser debatido en esta instancia.

Consecuencia de lo anterior es que la sociedad actora "...no puede tener derecho a las indemnizaciones que podrían derivarse de la adjudicación de un contrato del que no podía ser titular".

Adicionalmente, el objeto del contrato social de la compañía actora es la distribución y venta de vehículos automotores, motocicletas, llantas genuinas y reencauchadas, lubricantes, repuestos, etc. elementos estos totalmente extraños al objeto de la licitación.

En lo referente al documento aportado por la actora con el alegato de conclusión, tendiente a demostrar que la Sociedad C.I. Tradecol S.A. no se hallaba inscrita en el registro de proponentes de la Industria Licorera del Huila cabe anotar que el mismo no puede servir de base a la sentencia pues no fué debatido ni aportado dentro de las etapas probatorias del juicio.

Por último, debe tenerse en cuenta que si de acuerdo con la actora ella era la única firma que podía tener vocación de ser la adjudicataria del contrato, la conclusión sería aquella según la cual la Administración debió haber declarado desierta la licitación.

e.- **Consideraciones de la Sala**

Dado que frente a la sentencia de primera instancia interpusieron recurso de apelación tanto la parte actora como la parte demandada, según quedó visto en los antecedentes de este fallo, la Sala de acuerdo con la parte final del inciso primero del artículo 357 del C.de P.C., "... resolverá sin limitaciones".

En consecuencia, y en primer término, se resolverá sobre la legalidad o la ilegalidad de la exclusión de la propuesta presentada por la Sociedad Hernando Artunduaga e Hijos S.C.A.-REINDUSTRIAS del proceso licitatorio para la adjudicación del Contrato de Distribución en el Departamento del Huila, de los licores y similares que produzca, represente o envase la Industria Licorera de dicho Departamento. Lo anterior, debido a que no solo constituye la primera

pretensión de la demanda, sobre la cual se edifican las restantes, ya que en la sentencia de primera instancia se considera tal proceder de la Administración como ilegal, sino, sobre todo, a que constituye uno de los fundamentos del recurso de apelación de la parte demandada.

Como se recuerda, la propuesta presentada por la mencionada Sociedad fue excluída de dicho proceso por, considerarse que su gerente y representante legal, señor Hernando Artunduaga Paredes se encontraba incurso en la incompatibilidad para contratar con el Departamento del Huila, contemplada en el numeral 1 del artículo 18 del Código Fiscal de la misma entidad territorial (Decreto No. 00849 de 1978), debido a que no había transcurrido un año entre la fecha en que dejó de ejercer sus funciones como Gerente de la Beneficencia del Huila y la presentación de la propuesta.

El siguiente es el texto completo de la disposición que en concepto de la Junta Directiva de la Industria Licorera del Huila consagra la mencionada incompatibilidad (fl. 43 Anexo No. 3).

> "ARTICULO 18.- De las incompatibilidades. Sin perjuicio de las demás prohibiciones consagradas en otras normas, no podrán celebrar los contratos previstos en este código:
>
> "1.- Los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Esta prohibición se extiende por todo el año siguiente a la fecha de su retiro, si se trato de la celebración de contrato con la entidad a la cual prestaron sus servicios o con organismos del sector administrativo al que esta misma pertenece.
>
> "2.- Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de organismos descentralizados mientras conserven tal carácter y un año después de su retiro, con la entidad, a la cual prestan o prestaron sus servicios o con las que hagan parte del sector administrativo al que ésta pertenece.
>
> "3.- Los diputados principales, desde el momento de su elección y los doce (12) siguientes cuando pierdan su investidura, y los suplentes que hayan ejercido el cargo. Esta incompatibilidad se extenderá durante el período constitucional respectivo.
>
> "Las personas a que se refiere él presente articulo, no podrán en ningún momento contratar asuntos o negocios de los cuales conocieron durante el ejercicio de sus funciones".

De la simple lectura de la disposición transcrita y de los claros e inequívocos términos en que ella se encuentra concebida, que son prácticamente

los mismos de que daba cuenta el ordinal 1o. del art. 9o. del Decreto 150 de 1976, vigente en la época para el orden nacional, para la Sala fluye de manera inequívoca la conclusión de que la mencionada exclusión de la propuesta presentada por la sociedad actora, del proceso licitatorio, constituye no sólo una abierta transgresión de aquella norma, que se indica como infringida en la demanda, sino, de contera, del Articulo 27 del Código Civil que ordena que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

En efecto, lo primero que observa la Sala es el hecho consistente en que la disposición de la cual se dedujo por parte de la Administración la pretendida incompatibilidad en cabeza del Gerente y socio gestor de la sociedad licitante no tenía ninguna aplicación para el caso que se analizaba, pues consagrando ella en su numeral 1. las incompatibilidades con respecto a las personas naturales que tuvieren la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales en ejercicio de sus cargos o luego de hacer dejación de los mismos, resultaba un contrasentido predicar su ocurrencia con respecto a uno de los socios de una persona jurídica, la cual como lo consagran las leyes, desde el mismo momento de su constitución legal forma un ente distinto de las personas naturales que la integran.

Además de lo anterior, de la lectura de otras normas que integran el estatuto fiscal del Departamento del Huila, la Sala observa que para el caso que se analizaba no era procedente siquiera la aplicación de su artículo 17, que consagra como otros casos de inhabilidad para contratar con el Departamento del Huila aquellos de las sociedades de las cuales forman parte empleados públicos o trabajadores oficiales, pues la misma no se refiere por parte alguna al evento de las personas jurídicas de las cuales formen parte exfuncionarios de la Administración Departamental.

No obstante lo anterior, y si se aplican al caso en estudio las normas del Decreto 150 de 1976, vigente para la época de la adjudicación de la licitación, en razón de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1o. del citado Código Fiscal como lo sostiene la parte demandada, y que son fundamentalmente iguales, tampoco resultaría pertinente la operancia del artículo 8o. de dicho estatuto contractual, pues en el mismo no se consagran como inhábiles para contratar a las sociedades de las cuales formen parte los exempleados públicos o extrabajadores oficiales.

Siendo ello así, no hay lugar a determinar si la expresión "sector administrativo", contenida en el citado artículo 18, está referida a todas las entidades u organismos del departamento en su conjunto o a una parte de él, como lo plantea la demandada pretendiendo aplicar la primera de las citadas interpretaciones.

Por último la Sala hace notar que constituye principio fundamental de derecho público, deducido de los artículos 20 y 63 de la Constitución Política de 1886 y 6o. de la actual normatividad constitucional, que en tanto que los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que expresamente les está atribuído, los particulares tienen la posibilidad de realizar todo lo que no les esté prohibido, principio éste del que se deriva aquél según el cual las causales de inhabilidad ó de incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente prescritas por la Constitución o la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas como se expresó en la primera parte de este fallo.

Corolario de lo expuesto es la ilegalidad del acto de exclusión del proceso licitatorio de la propuesta presentada por la Sociedad Hernando Artunduaga Paredes e Hijos S.C.A. -REINDUSTRIAS-, ilegalidad que conlleva la declaratoria de nulidad de dicho acto, como lo solicita la parte actora en su demanda, y así se declarará en la parte resolutiva de esta sentencia, siendo necesario, en consecuencia, proceder al análisis de la influencia que esta ilegalidad pueda tener sobre el acto de adjudicación con el cual terminó la actuación administrativa y que también es objeto de la demanda.

En efecto, definido como se encuentra el primer punto de inconformidad de la parte demandada frente a la sentencia de primera instancia, corresponde a la Sala analizar el concerniente a la legalidad o ilegalidad del acto de adjudicación del referido contrato al la Sociedad C.I. Tradecol S.A., pues mientras que en dicha sentencia sé hace derivar la ilegalidad del mismo del hecho de la exclusión del proceso licitatorio de la propuesta presentada por la sociedad actora, debido a que ello no permitió que su oferta fuese estudiada, ni participar en las subsiguientes etapas de licitación, la parte demandada fundamenta su recurso de apelación en este aspecto, en la consideración de que el acto de adjudicación fue ajustado a derecho, en la medida en que aún en el evento de haber sido considerada la propuesta presentada por la sociedad actora, la firma C.I. Tradecol S. A. habría sido, de todas maneras, la adjudicataria de tal licitación por ser su propuesta la más favorable a los intereses de la Industria Licorera del Huila y por ceñirse a los criterios señalados en el pliego de condiciones.

Previamente a iniciar el referido análisis, la Sala considera necesario anotar que en el mismo habrá de hacer abstracción de las razones adicionales de ilegalidad del acto de adjudicación del contrato, argumentadas por la parte actora en sus escritos de alegato de conclusión en la primera y segunda instancia y, en el recurso de apelación y consistentes en que el objeto social de la Sociedad C.I. Tradecol S.A. no le autorizaba para ejercer el tipo de negocios que implicaba el objeto mismo del contrato, y que la misma empresa no se encontraba inscrita en el registro de proveedores que lleva la Oficina de Planeación Departamental,

y que no pudo presentar el número de agencias que posee en el territorio departamental como lo exigía el literal f) del *acápite* 2.1. del pliego de condiciones, pues el marco y el alcance del debate jurídico deben ser fijados por el accionante, de manera exclusiva, en su escrito de demanda. Esto obedece no sólo a que el C. C. A, dispone tal momento como el único en el que deben "... indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación" (art. 137-4o.), sino debido a que aceptar fórmula contraria a la expuesta conllevaría el desconocimiento del principio constitucional del debido proceso y el derecho de defensa, pues la parte demandada se encontraría ante la imposibilidad procesal de controvertir los nuevos y sucesivos argumentos de violaciones normativas.

Ahora bien, luego de analizar las razones que asistieron al *a-quo* para fundamentar su decisión de declarar la nulidad del acto de adjudicación del contrato, la Sala considera que ellas no pueden constituír, en sí mismas, argumentos autónomos suficientes que permitan al juez administrativo adoptar tal determinación, pues el sólo hecho de la exclusión ilegal de una propuesta, en cualquier proceso licitatorio no engendra ni necesaria ni automáticamente la ilegalidad de dicho acto, pues bien puede suceder que, a pesar de ello, la adjudicación del contrato se haya realizado en favor de otro licitante, distinto de quien alega la ilicitud de la exclusión, cuya oferta resultaba ser la favorable para los intereses de la entidad pública.

Como consecuencia de lo anterior, y debido a que en la demanda se afirma que la Empresa Licorera del Huila incurrió en violación del principio de igualdad de los proponentes y por lo mismo, del pliego de condiciones de la licitación, al no haber adjudicado el contrato a la sociedad actora, no obstante haber presentado la propuesta más conveniente a los intereses de la entidad licitante, y ceñirse a los parámetros establecidos en dicho pliego de condiciones; la Sala procederá a analizar las razones en las que se sustenta dicha aseveración y de las cuales la parte actora deriva la ilicitud de la adjudicación del contrato.

Para el efecto, y ante la imposibilidad absoluta en que se encuentra la Sala para realizar el examen de la totalidad de las propuestas presentadas para la licitación, debido a que ellas no obran como prueba dentro del proceso, a excepción de la oferta presentada por la parte actora, el análisis subsiguiente se fundamentará en el estudio que de ellas hizo la administración y que contenido en el Acta No. 007 de la Junta Directiva de la Industria Licorera del Huila, celebrada el 18 de marzo de 1982 (fls. 65 a 71 Anexo No. 1), goza de la presunción de legalidad.

En el mencionado estudio, y luego de decidirse el rechazo de la propuesta presentada por Alfonso Carrillo y Angel Rojas y la exclusión de la presentada por la sociedad actora, sé analizan las demás ofertas presentadas por la Sociedad

de Comercialización Internacional Tradecol S.A. "C.I. Tradecol", José María Delgado Cía. Ltda. y Hernando Sánchez y Enrique Falla F., para lo cual se tuvieron en cuenta los, "factores preponderantes" de cada una de ellas, entre las cuales se encuentran los siguientes: estructura administrativa; infraestructura física; ventas; capacidad financiera; salas de exhibición; equipo automotor; recursos humanos; capital inicial y publicidad; promoción y compras mínimas.

Ahora bien, en la demanda, la parte actora sostiene que la propuesta por ella presentada era la más conveniente para la empresa licitante, por las siguientes razones:

a) Ser la "única" que cumplía con el pliego de condiciones.

b) Haber ofrecido agencias e instalaciones propias en el territorio departamental, como lo exigía el literal f) del *acápite* 2.1. del pliego de condiciones.

c) Estar ya montada su organización administrativa y de comercialización.

d) Haber adquirido importante imagen de honestidad y servicio entre el comercio y los consumidores.

Adicionalmente, como atrás se expresó, en los alegatos, de conclusión de la primera y segunda instancias y en el escrito de apelación, la parte actora considera que no pudo haberse adjudicado el contrato a la Sociedad C.I. TRADECOL S.A., por las siguientes razones:

a) Su objeto social no le permitía desarrollar el objeto mismo de la licitación.

b) No se encontraba inscrita en el registro de proponentes del Departamento.

c) No pudo presentar el numero de agencias que poseía en el territorio departamental, como lo exigía el ordinal f) del *acápite* 2.1. del pliego de condiciones.

Una vez realizado el estudio del primer grupo de razones expuestas por la parte actora, tomando como base para ello su propuesta, la Sala observa y concluye lo siguiente:

a) En cuanto a que era la "única" que cumplía con el pliego de condiciones, su verificación se torna imposible habida cuenta que, como ya se expresó, no

obran como pruebas del proceso las restantes propuestas presentadas, ni el demandante solicitó la práctica de pruebas para fundamentar su afirmación, mientras que por el contrario, en la citada Acta No. 007 se lee que "Las propuestas restantes cumplieron con todos los requerimientos exigidos".

b) En lo relativo a que ofrecía agencias e instalaciones propias, en su propuesta se lee que tan solo ofreció la apertura de tres (3) sucursales con salas de exhibición y ventas y depósitos para almacenar los licores,y que pondría en funcionamiento una(1) bodega principal en Neiva y dos (2) bodegas auxiliares en La Plata y Pitalito, con lo cual no se prueba que efectiva y realmente las poseyese en el territorio departamental (fls. 176 y 178 Anexo No. 1).

c) Sobre la preexistencia de su organización administrativa y comercial, la Sala considera que aun cuando efectivamente en su propuesta presenta un organigrama sobre la misma (fl. 1616 *ibídem*), y no pone en duda el que por tratarse de una empresa con varios años de funcionamiento debía necesariamente contar con ella, ello no implica el que otros proponentes no la tuviesen, pues en el estudio elaborado por la Administración se observa su preexistencia en cuanto a la firma C.I. TRADECOL S. A.

d) En lo que respecta a la importante imagen de honestidad y servicio frente al comercio y los consumidores, la Sala se abstiene de analizarlo, por no estar consagrado en el pliego de condiciones como un requisito de las propuestas.

Por lo que tiene que ver con los reparos que adicionalmente formula la parte actora a la propuesta presentada por la Sociedad C.I. TRADECOL S.A., la Sala se abstiene de analizarlos pues, como ya se consideró, el marco del debate jurídico debe ser fijado en la demanda y no en otras etapas procesales.

Del análisis precedente resulta que no habiendo demostrado la parte actora que su propuesta fue la más favorable a los intereses de la Industria Licorera del Huila, la Sala considera que por la misma razón, no se desvirtuó el estudio de las propuestas ni la decisión que adoptó la administración de adjudicar el contrato a la Sociedad C.I. TRADECOL S.A. y, en esas condiciones, tales análisis y decisión consolidan su presunción de legalidad, lo cual impide la prosperidad de la pretensión anulatoria del acto de adjudicación del contrato. A su vez, como la decisión del *a-quo* de anular el contrato se fundamenta de manera exclusiva y necesaria en la ilegalidad de la adjudicación, no siendo viable la declaratoria de ilegalidad de esta última, tampoco es posible dicha declaratoria respecto del mencionado contrato.

Ahora bien, en cuanto a los reparos formulados por la parte demandada a la sentencia de primera instancia, en cuanto allí también se hace derivar la

ilegalidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de ello la nulidad del contrato, del hecho de no haberse proferido la resolución de adjudicación y no haberse comunicado ésta a los proponentes no favorecidos como lo dispone el artículo 45 del Código Fiscal del Huila, la Sala considera que la omisión en el cumplimiento de esta norma de carácter adjetivo por parte de la Administración, no constituye por si sola, ni una transgresión normativa de tal entidad que conlleve la ilegalidad del acto de adjudicación del contrato, contenido en el Acta No. 007 de 18 de marzo de 1982 de la Junta Directiva de la Industria Licorera del Huila, el cual, como se analizó, goza de la presunción de legalidad, ni una ruptura del principio de Igualdad de los proponentes debido a que con tal omisión no se desmejoró a ninguno de ellos, así como tampoco se crearon privilegios de uno frente a los demás, como lo pretende la recurrente.

La precedente conclusión de la Sala no implica, en manera alguna una invitación al desconocimiento o no aplicación de las normas legales por parte de la Administración, sino que constituye una interpretación racional y lógica de las disposiciones que rigen el proceso de contratación de las entidades públicas, de tal manera que se logre la finalidad ultima por ellas perseguida, es decir, la adjudicación y ejecución del contrato, deduciendo de las mismas su sentido dinámico, como función primordial que debe cumplir el juez al decidir sobre la legalidad de las actuaciones de la Administración.

Todo lo anterior conduce a la Sala a concluír que demostrada como se encuentra la legalidad del acto de adjudicación y, como con secuencia de ello, la legalidad del contrato celebrado entre la Industria Licorera del Huila y la Sociedad C.I. TRADECOL S.A., no resulta procedente la condena por concepto de lucro cesante solicitada en la demanda, ya que la ilegalidad del acto de exclusión de la propuesta presentada por la parte actora no le generó ningún tipo de perjuicios debido a que, como se analizó, ello no tuvo incidencia alguna en la escogencia de la propuesta más favorable a los intereses de la empresa licitante.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, a reemplazarla con las decisiones anunciadas.

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

FALLA:

Primero.- INFIRMASE la sentencia proferida por la Sección Tercera el 6 de abril de 1989, dentro del expediente número 4156, Actor Sociedad Hernando Artunduaga Paredes e Hijos S.C.A..y en su lugar se dispone:

Segundo.- REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 20 de junio de 1983 y, en su lugar FALLA:

a) DECLARASE la nulidad del acto administrativo de la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA contenido en el Acta No. 007, correspondiente a la sesión de la Junta Directiva de la Empresa, celebrada el día 18 de marzo de 1982, mediante el cual se desestimó la propuesta de la Sociedad "HERNANDO ARTUNDUAGA E HIJOS S.C.A. - REINDUSTRIAS-", en la licitación pública para la adjudicación del contrato de distribución de los licores de producción de esa empresa o que ella represente ó envase en el territorio del Departamento del Huila.

b) DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

c) Sin costas en la instancia, por haber prosperado parcialmente las súplicas de la demanda.

Tercero.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al Gerente de la Industria Licorera del Huila.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente (ausente); *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, José Antonio Salazar Cruz,* Conjuez; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miren de la Lombana de M.*(ausente), *Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía* (ausente), *Delio Gómez Leyva, Dolly Pedraza de Arenas* (salvo voto), *Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño* (salvo voto), *Diego Younes Moreno.*

Nota de Relatoría: El salvamento de voto de los doctores MIGUEL VIANA PATIÑO Y CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA sintetiza lo siguiente: "Al folio 57 de este cuaderno se dice que "la ilegalidad del acto de exclusión del proceso licitatorio de la propuesta presentada por la Sociedad Hernando Artunduaga Paredes e Hijos S.C.A. -REINDUSTRIAS- conlleva la declaratoria de nulidad de dicho acto; sin embargo, no se establece ninguna consecuencia en

favor de la sociedad afectada.-Lo razonable y lógico sería que la nulidad de ese acto implicara un resarcimiento del perjuicio sufrido por dicha sociedad, proporcional al mismo. De suyo, si el acto ilegal de la administración irroga un daño al particular, la consecuencia necesaria debería ser la indemnización correspondiente, tasada proporcionalmente." El salvamento de voto del Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, aduce lo siguiente: "Con el debido respeto disiento parcialmente de la decisión acogida por la mayoría de la Sala en el proceso de la referencia, por cuanto al prosperar el recurso extraordinario debió condenarse en costas a la parte demandada en lo concerniente al recurso, máxime porque también fue revocado el fallo del *ad-quem.*

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incompatibilidad / IMPEDIMENTO MORAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia (Salvamento de Voto)

La Sección Tercera no partió de una interpretación de carácter moral para dirimir la controversia, que es lo que crítica la sentencia de 18 de marzo de 1981, sino que examinó el motivo principal que llevó a la junta directiva de la Industria Licorera del Huila a no adjudicar, y encontró que ese motivo era de sinigual valor, de gran importancia y de mérito incuestionable, pese a que lo fuera desde un ángulo más moral que jurídico. Fué la administración, no la Sección Tercera, la que tuvo en cuenta ese motivo para no adjudicar el contrato. Téngase de presente además, que la tesis de la jurisprudencia que obra en el fallo de 18 de marzo de 1981 no se encamina a rebatir unos motivos de acto administrativo fundamentados en la moral, sino en deslindar la posibilidad de que se juzgue una conducta administrativa partiendo del aspecto moral, una vez de hacerlo, ante todo, desde un ángulo legal. Son dos cuestiones distintas al parecer del suscrito, a pesar de su aparente sinonimia.

JUEZ - Interpretación / MORAL / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Inconveniencia (Salvamento de Voto)

La administración sí puede acudir para la formación de su voluntad a principios éticos y hasta morales. Las autoridades disponen de la prerrogativa de la prudencia que el bien común aconseje para el momento oportuno en que se tome una u otra decisión administrativa, y por ello, al juzgarse un acto administrativo, es dable apreciar factores tales como la conveniencia, la oportunidad, el instante en que se adapte el acto. La "conveniencia" o la

"inconveniencia", la "oportunidad" y la "inoportunidad" no se aplican por el juez, son ajenas a su labor, pero sí son coyunturas que envuelven el quehacer gubernativo o administrativo que el juez de la administración puede sopesar en cada caso específico.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO LECOMPTE LUNA

EN LA PROVIDENCIA CALENDADA A DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993) APROBADA, POR LA SALA PLENA EN SESION DEL DIA DOS (2) DE LOS MISMOS MES Y AÑO. ---RADICADO No. S-216 -----RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. ACTOR: SOCIEDAD HERNANDO ARTUNDUAGA PAREDES E HIJOS.

Fue el suscrito el autor de la ponencia que fue negada por la Sala Plena el 23 de septiembre de 1992. Debe ahora consignar su respetuoso disentimiento en cuanto hace al primer cargo formulado por el recurrente y que según la ilustrada mayoría merece prosperidad para infirmar la sentencia de 6 de abril de 1989 proferida por la Sección Tercera, con las mismas razones que expuso en la aludida ponencia.

En efecto, el primer cargo lo hizo consistir el impugnador en que la sentencia que revoca la providencia del Tribunal Administrativo del Huila por cuestiones éticas, por motivos de inconveniencia y no con fundamento en lo que sobre incompatibilidades e inhabilidades; establece el Código Fiscal del mencionado departamento, valorándolo todo a la luz de los principios generales de la moral y de los valores que informan la ciencia jurídica, no obstante que la Sala Plena en la jurisprudencia citada ha predicado que no obstante que es importante la fase moral, ha debido acudirse, en primer término, a las reglas de interpretación de la ley que da ella misma, y además considerarse que el derecho es diferente de la moral, de la cual se distingue por su bilateralidad, su coercibilidad, su heteronomía, según la cual su origen no dimana de la voluntad del particular, ni del Juez, sino del legislador... es de presumir, sigue diciendo la jurisprudencia- que el legislador de este evento ha tenido en cuenta razones del orden administrativo que han privado sobre las del estrictamente moral, o a éstas no se les ha reconocido fundamento, pues es bien sabido que el Derecho no se subordina a la moral, ni viceversa, sino que sólo en ocasiones tienen recíproca influencia.

Al analizar este punto el suscrito observa que el radio de la censura descansa únicamente en el aspecto moral tomado como norte para dirimir conflictos judiciales. Y leyendo cuidadosamente la sentencia de 6 de abril de 1989 y los apartes de la sentencia que sirve de base ahora a la Sala para infirmar el fallo recurrido, se observa que la contradicción estriba más en las palabras que en el fondo o significado que en uno u otro caso se les quiso dar.

Obsérvese que en el evento contemplado por la Sección Tercera, ésta se "trasladó" mentalmente lo ocurrido cuando la Junta directiva de la Industria Licorera del Huila descartó a la compañía Fernando Artunduaga Paredes e hijos S.C.A. como proponente en la licitación pública que aquélla había abierto. Los motivos expuestos en ese momento los tuvo -la Sección Tercera como motivaciones de ese verdadero acto administrativo, por el cual se decidió la no adjudicación a esa compañía debido a que, como se dijo en esa reunión, de la Junta directiva, no era conveniente que recayera en ella debido a que su socio gestor había sido Gerente de otro establecimiento público del mismo orden departamental en época muy reciente. Para decirlo de otro modo, la Sección Tercera juzgó el acto administrativo acusado (el de no adjudicación), desde la perspectiva de esa motivación, posición totalmente válida porque uno de los elementos del acto administrativo es, precisamente, la motivación, que puede ser tácita o expresa, y dentro del mismo, la oportunidad que surge como prerrogativa del ente público en los actos que no son reglados per-se. Porque si los motivos son los hechos que han provocado la decisión administrativa, los que han determinado a su autor a tomarla, es perfectamente válido que el juzgador de este acto (el Juez administrativo) se sitúe en el lugar de ese administrador para ver si ese motivo obedece a los parámetros que,han de guiar el gobierno de la comunidad en un campo tan álgido como es el de la adjudicación de contratos administrativos.

La Sección Tercera no partió, por ende, de una interpretación de carácter moral para dirimir la controversia, que es lo que critica la sentencia de 18 de marzo de 1981, sino que examinó el motivo principal que llevó a la junta directiva de la Industria Licorera del Huila a, no adjudicar, y encontró que ese motivo era de sinigual valor, de gran importancia y de mérito incuestionable, pese a que lo fuera desde un ángulo más moral que jurídico. Fue la administración, no la Sección Tercera, la que tuvo en cuenta ese motivo para no adjudicar el contrato.

Téngase de presente además, que la tesis de la Jurisprudencia que obra en el fallo de 18 de marzo no se encamina a rebatir unos motivos de acto fundamentados en la moral, sino en deslindar que se juzgue una conducta administrativa partiendo del aspecto moral, en vez de hacerlo, ante todo, desde un ángulo legal. Son dos cuestiones distintas al parecer del suscrito, a pesar de su aparente sinonimia. No ha debido pues prosperar este cargo.

Se ocupó también la ponencia del suscrito a analizar el segundo cargo que se apoyó en un proveído de 3 de junio de 1987, que decía: "Para el *ad-quem* no existe duda alguna en el sentido de que el acto de adjudicación crea una situación jurídica concreta para el beneficiario del mismo que no puede ser modificada ni alterada sin su previa aquiescencia". Y lo compara con otro aparte de la sentencia recurrida, es decir, la de 6 de abril de 1989, que dice "Para abundar en razones, la Sala encuentra, igualmente, que al proceso no se aportó la documentación relacionada con las propuestas" (de todos los licitantes). Y de allí deriva: "No lo que se había dicho en la sentencia proferida en el expediente 3043, acogida por la Sala Plena y, aparece igualmente en el proceso de la, Ericsson S.A. es el debate contra el acto de adjudicación y/o del contrato debe vincularse al adjudicatario para que defienda su derecho. Esa es la jurisprudencia del caso NARQUI LTDA entre otros. Aunque en realidad de verdad, ni siquiera sería necesario tratándose de la impugnación del acto de la adjudicación, porque como también lo ha dicho la Corporación la sola nulidad del acto de adjudicación no afecta *per-se* la validez del contrato. Aunque la nulidad puede declararse oficiosamente, o en la hipótesis del artículo 87 del C.C.A. En el proceso iniciado en el Tribunal Administrativo no solamente se vinculó a la sociedad que recibió la adjudicación y luego suscribió el contrato respectivo, sino que además que alegó a lo largo del informativo como se puede consultar en el expediente. Si los demás proponentes no acudieron a la Jurisdicción debe entenderse que renunciaron a ese derecho. Para eso los procesos se fijan en lista. No se puede obligar a litigar a una persona, especialmente si ha tenido el derecho de hacerlo y ha preferido abstenerse. Imagínese al Consejo de Estado, en un proceso en que un empleado alegue la irregular adjudicación de un empleo, citando a los centenares o miles de candidatos para repetirles el examen."

No encontró el suscrito él menor atisbo de contradicción que fluya de manera flagrante entre ambos textos, puesto que se refieren a materias diferentes. El de Sala Plena afirma un principio indiscutible: el acto de la adjudicación, una vez formalizado, una vez que a través de él se emite la manifestación de voluntad administrativa en otorgar el contrato a determinado licitante, se convierte en acto administrativo que crea una situación Jurídica concreta y subjetiva para ese beneficiario que es una especie de compromiso unilateral de la administración para celebrar el contrato ofrecido en la licitación. Es un paso previo indispensable para la celebración posterior del acto Jurídico bilateral que será dicho contrato. Por eso dicho acto de adjudicación no puede ser modificado ni alterado sin su previa aquiescencia, como bien lo explicó el auto de 3 de Junio de 1987. El asunto cae, por ende, bajo los ámbitos de la revocación directa de los actos en la vía gubernativa.

La Sección Tercera se refiere a otra cosa: como no se aportaron al proceso documentaciones relacionadas con las propuestas que se hicieron con base en la licitación abierta por la Industria Licorera del Huila, le es imposible valorar a ella, cuál de esas ofertas, comparativamente, fue mejor. O sea, que sin verlas, sin calibrarlas, no pueden ser apreciadas y de allí que no existan referencias para determinar si el acto de adjudicación cuya nulidad se impetra, se ajusto o no a los requisitos de la licitación. No se olvide que el acto de adjudicación es el antecedente necesario en el proceso final de la contratación administrativa. Claro que el acto de adjudicación y el acto contractual son Jurídicamente diferentes y hasta separables, mas están estrechamente conectados entre sí, porque sin el primero no puede darse el segundo; es su antecedente necesario. Mientras el primero liga formalmente a la administración con el beneficiario, el segundo crea un nexo, es una fuente de derechos y obligaciones para ambos. Y aunque no necesariamente la nulidad del primero no Afecta *per-se* la validez del contrato ni viceversa, sus puntos de contacto son manifiestos.

Por ello, también proponía el suscrito que este cargo tampoco debía prosperar.

Como adición a lo anterior, el suscrito consideré útil anotar ciertas explicaciones adicionales, que eran las siguientes:

a.) El Estado -de cualquier clase que él sea- es, al mismo tiempo y por definición, un orden ético y un orden Jurídico como ha dicho Kelsen. Por reflejar un orden ético, obedece a unos postulados de comportamiento hacia la comunidad humana que rige, lo que se traduce necesariamente en principio, en reglas de acuerdo con su memoria histórica y filosófica. Esos postulados son valores que pueden estar insertos en la Constitución y en las leyes, en las normas que rigen el orden jurídico. Ideales como la Justicia, el respeto a la vida, a la libertad, el conocimiento, la democracia, la propiedad, son manifestaciones de ese orden ético que es el Estado y del Estado, como orden Jurídico que es, emana el derecho positivo con todas sus reglas, disposiciones y normatividades; muchas veces se toma la palabra ética como sinónimo de moral pese a que éste es un aspecto individual del comportamiento interno, íntimo si se quiere, el ser humano en relación con su conciencia, no con la sociedad en que se mueve. Pero los dos conceptos no están divorciados y hay actitudes éticas y actitudes morales que guardan evidentes coincidencias. El orden Jurídico y con él, el derecho positivo, ha de estar enmarcado dentro de ese orden ético no obstante que, éste se distinga por su bilateralidad, su coercibilidad, su heteronomía, como bien lo recalca la sentencia de la Sala Plena de 18 de marzo de 1981. A las luces del derecho positivo, de la ley, debe el Juez definir los conflictos judiciales, valiéndose como criterios auxiliares, de la equidad, de la jurisprudencia, de los principios

del derecho, de la doctrina, como bien lo dice el artículo 8o. de la ley 153 de 1887 y el artículo 230 de la Constitución de 1991, y por tanto, "en primer término debe acudir a las reglas de interpretación de la ley que ella misma da", aunque desde luego, sea importante "esa fase moral".

Pero la administración sí puede acudir para la formación de su voluntad a principios éticos y hasta morales. Obsérvese que el artículo 209 de la Nueva Constitución enumera los principios de igualdad, moralidad y publicidad como puntales de la función administrativa, coordinándolos con "sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado" y con miras "al servicio de los intereses generales". Por eso la Sección Tercera, al "trasladarse" mentalmente, como se dijo, a lo sucedido en el ámbito de la junta "a la luz de lo alegado y probado" vio cómo el motivo principal para desechar la propuesta de quien había sido gerente de un instituto descentralizado del mismo departamento y que ahora era Gerente y Socio Gestor de la empresa licitatoria, era atendible y loable y que de él no se podía derivar la nulidad del acto de adjudicación. La Sección Tercera no juzgó, no dirimió el conflicto jurídico inspirado en la ética o en la moral, sino que concluyó que ese motivo -perfectamente aceptable para la administración- no ameritaba la anulación del acto acusado.

b) Algo similar puede decirse acerca de la "inconveniencia" o de la "conveniencia", de la oportunidad o de la "inoportunidad". Los Jueces no fallan, no sentencian inspirados por esos parámetros, ajenos a perspectiva de la justicia rectamente entendida. Pero los actos administrativos no son emitidos (salvo casos muy excepcionales) por los jueces y, dentro de los márgenes propios de la discrecionalidad, las autoridades disponen de la prerrogativa de la prudencia que el bien común aconseje para el momento oportuno en que se tome una u otra decisión administrativa, y por ello al juzgarse un acto administrativo, es dable apreciar factores tales como la conveniencia, la oportunidad, el instante en que se adopte el acto. La conveniencia o la "inconveniencia",la "oportunidad" y la "inoportunidad" no se aplican por el juez, son ajenas a su labor, pero sí son coyunturas que envuelven el quehacer gubernativo o administrativo que el juez de la administración puede sopesar en cada caso específico.

c) No está de más explicar o recordar que las personas Jurídicas son solo abstracciones de la mente, creaciones del mundo jurídico, y que en la realidad son las personas humanas las que actúan a través de ellas.

Son suficientes entonces las explicaciones anteriores para concluir, en opinión del suscrito que el recurso extraordinario de súplica no ha debido prosperar.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Nota de Relatoría: A este salvamento adhiere la doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS y además agrega: "El concepto de inconveniencia está en el ámbito de las facultades de la administración y eso fue lo que dijo la sentencia recurrida, lo cual no es contrario a la jurisprudencia que se dice transgredida, cuya doctrina sólo señala que no hay inhabilidades e incompatibilidades que las que disponga la ley. En materia electoral que es a la que se refiere la sentencia invocada Como contrariada, no hay lugar en forma alguna a las consideraciones de conveniencia, pero en materia de contratación administrativa del que trata el fallo recurrido, sí caben esas consideraciones desde el punto de vista de la administración".

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONDENA EN COSTAS - Improcedencia

No es factible condenar en costas al ciudadano que incoó la demanda de la perdida de la investidura de un congresista a quien el Consejo de Estado le haya negado dicha petición. NOTA DE RELATORIA: Los salvamento y aclaración de voto de los doctores MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF Y DANIEL SUAREZ refieren lo siguiente: "Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria que antecede, por la siguientes razones: Ya en el presente negocio la oportunidad de expresar mediante salvamento de voto, mi desacuerdo,tanto en la tramitación del presente por parte de la Sala Contenciosa, como la adopción del procedimiento ordinario para los mismos efectos. A tales consideraciones me remito para fundamentar mi discrepancia con la providencia antecedente." "Estuve de acuerdo con la sentencia complementaría en el sentido de que en los procesos de pérdida de investidura de Congresistas "no hay lugar a condena en costas" entre otras razones por tratarse de acciones de carácter popular mediante las cuales se ejerce control político a los congresistas. Pero disiento en cuanto que hubiere habido necesidad de proferir sentencia complementaría para negar la aspiración del recurrente as en el fondo no le hubiera prosperado su recurso. En otros términos bastaba un simple auto de trámite para negar la complementación pretendida ". De otra parte el salvamento de voto del Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, es el mismo que suscribiera con ocasión del fallo proferido en la sentencia AC-430, de febrero e 1993.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALA PLENA

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. AC-1031. ASUNTOS CONSTITUCIONALES (Proceso de solicitud de pérdida de la investidura de congresista representante a la Cámara del doctor Tulio César Bernal Bacca. Actor: SILVIO ROSERO PEREZ

Mediante escrito presentado en la secretaria general de la corporación a 20 de octubre último, el apoderado judicial del representante doctor Tulio César Bernal Bacca, demandado en este asunto, ha impetrado de la Sala, con base en el artículo 171 del C.C.A., en concordancia con el artículo 392 del C.de P.C., se ADICIONE O COMPLEMENTE LA SENTENCIA calendada siete (7) de los aludidos mes y año, en el sentido de condenar en costas al actor, tal como lo pidió en la contestación del libelo demandatorio y teniendo en cuenta que el mencionado fallo no fue favorable a las pretensiones de aquél, ciudadano señor Silvio Rosero Pérez.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1.- El artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por reenvío del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, permite que "cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o de cualquier otro punto, que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término."

Dado que en el caso de autos fue impetrada por la parte demandada la condena en costas y que sobre ello nada se dijo en la sentencia de 7 de octubre pasado, habrá lugar a adicionar la providencia.

2.- Según las voces del art.392 del C.de P.C. débese condenar en costas, entre otros eventos, a la **parte vencida** en el proceso, es decir, cuando se absuelve al demandado de todos los cargos formulados en la demanda o cuando prosperan todas las pretensiones de la parte actora, salvo que esa parte vencida sea la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios. Es de anotar que la norma señalaba asimismo como excepcionados de la regla general, a las instituciones financieras nacionalizadas, a las intendencias y a las comisarías; en cuanto a aquéllas, la disposición fue declarada inexequible por sentencia de 26 de julio de 1990, emanada de la Corte Suprema de Justicia; en cuanto a las intendencias y comisarías, desaparecieron como tales, convirtiéndose en departamentos en virtud del artículo 286 de la Constitución vigente desde el 7 de julio de 1991.

3.- El artículo 171 del C.C.A., que se remite al citado artículo 392 del C. de P.C., exceptúa también de la condena en costas en los procesos de nulidad y en los electorales. Y la razón es obvia: en tales asuntos predomina el interés colectivo, el deber que asiste de defender el orden jurídico. Recuérdese que esa es la finalidad de la acción objetiva definida por el artículo 84 del C.C.A., que permite que ella sea incoada por cualquier persona, lo que igualmente ocurre con la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra los actos de las corporaciones electorales de acuerdo con el artículo 227 del C.C.A. Quiso, pues, el legislador que salieran de la órbita jurídico privatista que domina y campea en el texto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, aquellas cuestiones judiciales en las cuales lo controvertido versa respecto a algo que interesa a la comunidad integrada por las personas que la constituyen, en vista del interés colectivo y del orden jurídico que debe cobijar y gobernar al Estado.

4.- La Constitución de 1991 creó una acción judicial *sui-géneris* en su artículo 184 y le entregó la competencia para conocer de ella al Consejo de Estado mediante "solicitud formulada por la mesa directiva o por cualquier ciudadano" (se subraya), cuando quiera que estime que un congresista ha violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o el régimen de conflicto de intereses o ha dejado de asistir 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, o cuando no tome posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de la instalación de las cámaras o a la fecha en que fueron llamados a posesionarse, o por haber destinado indebidamente los dineros públicos, o por estar incurso en tráfico de influencias debidamente comprobado (art. 183).

5.- Como es fácil observar o deducir, esta acción tiene mayor relieve público que la acción de nulidad o que la acción electoral. En ella no es cualquier persona la que puede incoarla sino que, precisa la norma, es el ciudadano el que hace uso de una prerrogativa que le otorga su condición misma de tal como lo enseña inequívocamente el ordinal 6o. del artículo 40 de la nueva Carta política, es decir, ejerce el derecho de controlar el poder político a través de la interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley según su leal saber y entender. Hay en esta acción de solicitud de pérdida de la investidura de los congresistas un interés eminentemente ciudadano y de allí que no obstante no lo diga de manera expresa la ley, porque esta acción todavía carece de una legislación especial que la desarrolle de manera específica, existe una asimilación a las demás acciones que ostentan similar rango o filosofía, cuales son las acciones de nulidad y las electorales, siendo su Jerarquía igual a las que tienen origen en las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución o

de las leyes de acuerdo con el artículo 241 del Estatuto Supremo (ordinales 1 y 5) cuya guarda se le confía a la Corte Constitucional. Ese espíritu que guió al legislador al consagrar dichas excepciones a fin de que el ciudadano pueda presentar la respectiva acción sin temor alguno a ser condenado en costas, aletea, sin duda, en la acción que se analiza.

6.- Por otra parte, resulta impropio calificar como "parte vencida" al ciudadano que, por cualquier evento, no le prosperan, al juzgar la jurisdicción, sus eventuales pretensiones, que no son subjetivas; en ellas se encuentra implícita -salvo que se demuestre temeridad o mala fe- la buena voluntad de contribuir a la bienandanza de la comunidad de la cual el ciudadano es miembro eminentísimo, como participante de la soberanía que reposa en el pueblo (art. 3o C.N), del cual emana el poder público.

7.- Los anteriores argumentos conducen a la ineludible conclusión de que no es factible condenar en costas al ciudadano que incoó la demanda de pérdida de la investidura de un congresista a quien el Consejo de Estado le haya negado dicha petición. De allí que no pueda prosperar la solicitud del apoderado Judicial del representante a la Cámara doctor Tulio Bernal Bacca.

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

FALLA:

Compleméntase la sentencia de 7 de octubre de 1993, dictada en este asunto en el sentido de que no hay lugar a condena en costas.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y archívase el expediente.

La anterior providencia fué estudiada aprobada por la Sala en sesión del día nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Dolly Pedaza de Arenas, Ernesto Rafael Ariza, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Miren De La Lombana de M.,* (salva vòto); *Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro*

Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, (aclara voto)*; Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Trámite / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / FALTA APLICACION - Inexistencia / CONTRATO DE SEGURO / POLIZA DE SEGURO / SEGURO AUTOMATICO

La violación directa de la ley por falta de aplicación se produce cuando el sentenciador la desconoce y en estas condiciones el juez se rebela y deja de aplicarla, pero en todo caso con independencia de toda cuestión probatoria, porque es muy distinto que por falta de prueba de los supuestos fácticos, el fallador no pueda decidir que es una situación totalmente diferente. En el *subjúdice* no se trata de que el fallador dejara de aplicar la ley, sino de que no pudiera declarar las consecuencias jurídicas y prácticas de ella, por falta de la debida comprobación de varios hechos. El seguro automático se perfecciona al suscribirse la respectiva póliza, contrato en el cual aparecen definidos en abstracto, tanto el interés como el riesgo asegurable, así como las condiciones generales del seguro, y reitera que si bien en el certificado de seguro se precisan aspectos suplementarios de los intereses del mismo, dicho documento tiene un carácter probatorio solo en relación con los aspectos no determinados en la póliza y que su expedición es válida aunque ya se haya producido el siniestro.

CONTRATO DE SEGURO / SUBROGACION / CESION DE DERECHOS - Improcedencia / LEY ESPECIAL

Como el asegurador cuando paga una indemnización por razón de un contrato de seguro se subroga por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro, la cesión de derechos en los términos del Código Civil era improcedente porque los asuntos

mercantiles se rigen por la ley mercantil, y los comerciantes solamente pueden acudir al Código Civil cuando exista un vacío sobre la materia en la ley comercial y además no sea posible decidirlo por analogía de sus normas. Por consiguiente, como los efectos proseguidos con la cesión de los derechos y obligaciones, regidas por la ley civil, debían buscarse con base en la figura de la subrogación prevista en el artículo 1096 del C. de Co., no era procedente que las compañías importadoras y las aseguradoras acudieran a la cesión de derechos y obligaciones regidas por la ley civil. La contrariedad con La ley comercial por parte de los actores, al acudir a la figura de la cesión de derechos del C.C., no puede invocarse para plantear el desconocimiento en este caso pues la ley civil no pudo ser violada por falta de aplicación ya que su ámbito de obligatoriedad reñía en este caso con la ley comercial. No es válido a las partes contratantes escoger a su arbitrio la legislación aplicable según le sirva a sus conveniencias, si con ello se contrarían las normas legales que se han expedido para regular las diferentes supuestos de hecho en el tráfico mercantil y a los cuales se hallaban sujetos, porque con esta modalidad surgiría una inseguridad jurídica tanto para los contratantes y los terceros contra los cuales se podrían hacer valer los derechos que surgirían de los diversos contratos civiles, laborales o mercantiles, según el caso, como para las autoridades encargadas de llevar el control y vigilancia de tales actos.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente Número A-014. Recurso Extraordinario de Anulación. Actor: COMPAÑIA DE SEGUROS PATRIA S.A. - COLPATRIA Y OTROS.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Compañía de Seguros Patria S.A.,- Colpatria,- La Compañía Agrícola de Seguros S.A. y la Compañía Suramericana de Seguros S.A., contra la sentencia de 18 de julio de 1986 proferida por la Sección Tercera de la Corporación, dentro del proceso que aquellas instauraron contra la Empresa Puertos de Colombia Colpuertos-.

SALA PLENA

ANTECEDENTES:

Las Sociedades Compañía de Seguros Patria S.A.- Colpatria Seguros Comerciales Bolívar S.A., - Suramericana de Seguros S.A., -Compañía Agrícola de Seguros S.A., Compañía de Seguros la Fénix de Colombia S.A. y la Compañía de Seguros la Andina S.A., solicitan al Consejo de Estado que por los trámites previstos en el Código Contencioso Administrativo para el proceso indemnizatorio de mayor cuantía, se declare a la Empresa Puertos de Colombia -Colpuertos- civil o administrativamente responsable por razón de la pérdida de los elementos relacionados en el *libelo* y que, en consecuencia, se condene a dicha empresa o a la entidad que en el futuro haga sus veces, o en subsidio a la Nación Colombiana, al pago de Veintiséis Millones Trescientos Tres Mil Quinientos Cuarenta y Cuatro pesos ($26'303.544,oo) o hasta la suma que resultare probada en autos a favor de las citadas firmas aseguradoras así:

"A.-) A favor de COLPATRIA, COMPAÑIA DE SEGUROS PATRIA S.A., la suma de SEIS MILLONES, DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL, CIENTO DIECINUEVE PESOS (6'228.119.oo) M/CTE.

B.-) A favor de SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., la suma de SEIS MILLONES, CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS ($6'487.665,OO) M/CTE.

C.-) A favor de SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., la suma de TRES MILLONES, NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL, OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS ($3'939.888,oo) M/ CTE.

D.-) A favor de COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL VEINTE PESOS ($2,324.020,oo) M/CTE.

E.-) A la compañía DE SEGUROS LA FENIX DE COLOMBIA S.A. la suma de UN MILLON DOSCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO DIECIOCHO PESOS ($1'217.118.oo) M/CTE.

F.-) A COMPAÑIA DE SEGUROS LA ANDINA S.A., la suma de SEIS MILLONES, CIENTO SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS ($6'106.734.oo) M/CTE.

I.) POR DAÑO EMERGENTE: Las sumas anteriores, como daño emergente, que el costo o valor real de la mercancía incinerada; derechos arancelarios; fletes; gravámenes e impuestos de todo orden; gastos para

agentes de aduana. Y, en fin, todos los gastos usuales imputables al costo de la mercancía, o, hasta la suma que resulte probada de autos.

II.) POR LUCRO CESANTE: Se reclaman intereses corrientes, sobre el costo de las mercancías, liquidando desde 9 de febrero de 1982, día en que hizo imposible la entrega de las mismas, a sus destinatarios o importadores, y hasta cuando el pago del total reconocido como indemnización se efectúe.

Solicito desde ahora, se pida a la Superintendencia Bancaria, una Certificación sobre el interés corriente.

III.-) POR PERDIDA EN EL VALOR ADQUISITIVO DEL PESO COLOMBIANO: El demérito monetario de la suma anterior, que debe ser objeto de actualización monetaria, para una justa indemnización, conforme lo tiene establecido ya la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, calculado o aplicado sobre cada una de las partidas señaladas anteriormente, para cada uno de mis poderdantes". (fl. 91 cdno. No. 3).

La demanda fué admitida respecto de las siguientes firmas accionantes: Colpatria - Compañía de Seguros Patria S.A., Compañía Agrícola de Seguros S.A. y Suramericana de Seguros S.A., pero en lo tocante con esta última sociedad se inadmitió en relación con Laboratorios René Chardón porque no se aportó prueba de su existencia y representación legal.

De igual manera, se inadmitió la demanda respecto de las pretensiones de Seguros Comerciales Bolívar S.A., de las Compañías de Seguros La Fénix de Colombia S.A. y Seguros Andina S.A., también en virtud de la ausencia de prueba sobre la existencia y representación legal de las dos primeras, y porque las firmas cuya subrogación alega la tercera, no probaron tampoco esos extremos (fls. 96 y 97 y 106 a 108 cdno. No. 3).

Los hechos de la demanda, en la sentencia impugnada, se sintetizan así:

"a) Que las distintas personas jurídicas domiciliadas en el país y determinadas en el *libelo* (hechos 1°, 2°, 3° 4°, 5° y 6°) importaron mercancías varias del extranjero.

b) Que el día 9 de febrero de 1982 se presentó un incendio de magnitud en la bodega # 5 del terminal de Barranquilla de la Empresa Colpuertos, destinada al almacenaje de materias inflamables o peligrosas.

c) Que como consecuencia de ese incendio se incineró en su totalidad la mercancía especificada en los hechos 1° a 6°.

d) Que como constancia de lo ocurrido Puertos de Colombia elaboró el acta de incendio de 7 de abril de 1982, firmada por las personas que indica el hecho 9.

e) Que Colpuertos expidió los certificados individuales sobre el recibo y la entrega de la carga depositada perteneciente a las distintas firmas importadoras.

f) Que Colpuertos confiesa que la pérdida se produjo cuando la mercancía se encontraba a su cuidado y bajo su responsabilidad.

g) Que las Compañías de seguros (ver detalle en el hecho 12°) resarcieron a los importadores con el pago de $26.303.544.(ver discriminación en los hechos 14° a 18°) por los perjuicios sufridos, "en virtud de convenios comerciales existentes entre ellas, pero no obtuvieron la subrogación legal de sus, derechos y acciones contra los responsables de las pérdidas, por cuanto no se reunieron los requisitos exigidos por la ley para que este fenómenos jurídico opere"

h) Que las Compañías importadoras cedieron sus derechos y acciones "y por lo mismo, ocupan su lugar en la titularidad de dichos derechos y acciones"". (fl. 145 y 146 cdno. No.3)

La fundamentación jurídica de la acción aparece consignada a folios 71 a 76 y 91 a 94 del cuaderno No. 3, en la cual se destaca la responsabilidad objetiva del Estado en el caso de pérdida de mercancías que obligatoriamente deban depositarse en bodegas oficiales para efectos de su importación o exportación, aduciendo entre otros argumentos, el siguiente:

"Cuando con ocasión del servicio, o del ejercicio de esta actividad reglada, la mercancía depositada en las Bodegas oficiales, o sea, las de la Empresa Puertos de Colombia, SE PIERDE, con prescindencia en este análisis, de la noción de culpa administrativa, en esas mismas dependencias estando al cuidado de la misma, tal como aparece, por otro lado, plena y fehacientemente demostrado con los documentos públicos auténticos que adujimos, se produce con tal hecho u operación administrativos, una disminución en el patrimonio del titular del derecho o importador, lesión que es consecuencia a la **violación directa** por parte del Estado consistente en la FALTA DE APLICACION DE LA LEY, concretamente del Artículo 2o. del Decreto 630 de 1.942 que ordena al Gobierno, a responder a los

dueños de la mercancía almacena da en Bodegas Oficiales, desde la fecha de su recibo, hasta la de su retiro en forma legal, o el abandono voluntario, o hasta que se la considere legalmente abandonada, por haberse vencido el término legal del almacenaje". (fls. 92 y 93 cdno. No. 3)

LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Proferida, como se anotó, por la Sección Tercera el 18 de julio de 1986, definió desfavorablemente a las sociedades actores los pretensiones del libelo para lo cual tuvo en cuenta lo siguiente:

1) Que las compañías aseguradoras demandantes les pagaron a las importadoras que más adelante se relacionan, sendas indemnizaciones por la pérdida de la mercancía importada e incinerada durante el incendio del 9 de febrero de 1982, acaecido en la bodega # 5 del terminal marítimo y fluvial de Barranquilla, administrado por Puertos de Colombia, de la siguiente manera:

La Sociedad Colpatria:

"..pagó a Electromanufacturas S.A. el día 23 de diciembre de 1982, porque el transporte de la mercancía estaba amparado con los certificados # 81181 M-14712, y 79422 expedidos con aplicación de la póliza # TR-3605 (folios 14 y 18 del c. # 1). Que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. pagó a Productos Ramo S.A. el 3 de junio de 1982, por el amparo del certificado 312 49 de 10 de marzo del mismo año con aplicación a la póliza # 41 3. (ver acta de liquidación a folios 22 del cuaderno principal). Que la misma aseguradora pagó a Expobag S.A. 10 de septiembre de 1982, por el amparo del certificado # 31207 de 11 de febrero de ese año, con aplicación a la póliza # 318 (a fol. 24 c. # 1). Que la Compañía Suramericana de Seguros pagó en septiembre 29 de 1982 a Química Amtex por el amparo del certificado 501750 de febrero 18 del mismo año con imputación a la póliza # 007310 (a fol. 34 c. # 1). Que la misma aseguradora pagó a Industria Agro Química Limitada el 2 de junio de 1982, la indemnización amparada con la póliza # 1361 (a fol. 46 c. # 1). Que igualmente pagó a Laboratorio Lister S.A. el 5 de agosto de 1982 la indemnización amparada con el certificado # 500422 de 5 de noviembre de 1981 y la póliza # 10843 (a fol. 17 c. # 3). Que también pagó a la mencionada firma los reclamos amparados con los certificados 501282 de mayo 20 de 1982 y 477817 de 10 de noviembre de 1.981, imputados a la póliza aludida 10843 (a fl. 18 y 19 c. # 3)". (fl. 150 cdno. 3)

2) Que las firmas importadoras, con posterioridad al pago de las correspondientes indemnizaciones, cedieron a las Aseguradora,s, por partida

doble, los derechos y acciones que creían tener contra la entidad responsable del siniestro, pues efectuaron tal cesión de conformidad con el Código Civil y luego de recibir el pago de la indemnización también suscribieron nota de cesión o subrogación, en ambas oportunidades después de ocurrido el siniestro.

3) Que el artículo 1096 del C. de Co. dispone que el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurador contra las personas responsables del siniestro, fenómeno que se produce los ipso jure, por el solo hecho del pago de la indemnización por la aseguradora y no como subrogación convencional, lo cual impide que el asegurado pueda ceder civilmente sus derechos a la aseguradora luego de cumplido ese pago, porque aquel nada tiene en su patrimonio en el momento de celebrar el convenio de cesión.

4) Sinembargo, en el caso *sub-judice,* al recibir el pago las importadoras firmaron la subrogación de los referidos derechos y, por otro lado, suscribieron el contrato de cesión, doble juego que la ley no permite y determina la invalidez de la segunda cesión, por la razón que antes se adujo, (inexistencia del derecho en el asegurado), circunstancia que permitiría aseverar que es una operación inexistente, o en últimas, un convenio absolutamente nulo por objeto ilícito, toda vez que con ella se perseguía dejar sin efecto la subrogación legal contemplada en el artículo 1096 del Código del Comercio.

5) Por consiguiente, consideró la Sección Tercera que:

"No existe duda alguna de que en el caso subjudice el conflicto central está regulado por el antecitado artículo 1096. Por esa razón debió cada una de las aseguradoras, para probar su legitimación en causa, demostrar:

1) Que entre ella y las firmas importadoras existió un contrato de seguro; para el efecto debió acompañar la póliza original. Si fué automática o flotante debió, además, adjuntar los certificado de fecha anterior a la ocurrencia del siniestro.

2) La importación de mercancía en legal forma; el depósito en la bodega oficial y su pérdida mientras estaba bajo la responsabilidad de la entidad pública encargada de su depósito.

3) El pago hecho a la firma importadora en la cuantía convenida y en su fecha.

4) Su existencia y la representación legal y las de la firma importadora.

Estos supuestos no fueron bien evidenciados. Atrás se dijo que sólo obraban en el expediente las pólizas #s 03605,413 y 01318 en copias y no las #s 007310, 1361, 10843; y que los certificados de seguro (los que aparecen en copia en el expediente y los simplemente enunciados con sus números fechas, que no se adjuntaron) fueron expedidos después del siniestro.

La falta de pruebas en estos extremos no permite afirmar que las compañías demandantes estén legitimadas en causa. Solo en virtud de los seguros contratados y de su pago podrá hablarse de que las aseguradoras podían instaurar las acciones indemnizatorias que las importadoras tenían contra Puertos de Colombia por la pérdida de la mercancía importada". (fls. 153 y 154 cdno. No. 3).

6) Finalmente, se afirma en el fallo que, probablemente las aseguradoras "tomaron la vía de la cesión civil con miras a hurtarle el cuerpo a la jurisprudencia de la Sala, elaborada en torno a los efectos alcances de la subrogación legal contemplada en el art. 1096 del c. de co. y a la oportunidad de los certificados de seguro expedidos con imputación a las pólizas automáticas o flotantes". (fl. 154 cdno. No.3), respecto de la cual reiteró el fallador que ya la Corporación habla definido "que en ningún caso los certificados de seguro, imputables a una póliza de tal naturaleza, podían expedirse con posterioridad al siniestro y que, en dichas condiciones, ni siquiera las aseguradoras estaban obligadas a pagar la indemnización". (fls. 154 y 155 *ibídem*).

Del mismo modo, la Sección insiste en la tesis cae que no basta que la póliza automática tenga fecha anterior al siniestro, sino que se requiere que el certificado expedido con imputación a la misma sea también anterior en el tiempo.

Y agrega:

"La póliza y el certificado se integran, puesto que si la importadora no da el aviso previo de que tal mercancía vendrá al país amparada con esa póliza, la aseguradora no sólo no tendrá que hacer la imputación, sino que no estará obligada a pagar ante la ocurrencia del siniestro. Esta no es una afirmación gratuita. En los contratos de seguro, que operan en copia dentro del proceso, se observa una cláusula de tenor similar en todos. El presente contrato no tendrá, efecto alguno..."c) Si el seguro ha sido contratado con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, tomando como base la fecha en que fué aceptado por la compañía.

Esta cláusula es de fácil inteligencia; pero, como es obvio, no puede dársele el mismo alcance en todos los eventos, ya que una es la situación cuando el seguro de transporte se refiere a una determinada mercancía; y otra diferente, cuando de una póliza automática o flotante se trata (para el ingreso de mercancías varias, dentro de un lapso dado y hasta una cuantía prefijada de antemano), porque en este evento juega la voluntad del importador, quien puede avisar o no a la compañía; en otros términos, es él y sólo él el que determina si la importación estará amparada o no con el seguro convenido. Es por eso que en los eventos afirmativos, la póliza y el certificado forman una unidad compleja (obviamente de fechas diferentes, como que la póliza precederá en el tiempo al certificado) integrada con anterioridad al siniestro.

La seguridad de los negocios jurídicos impone la observancia de ciertas normas de conducta. Cuando alguien contrata un seguro con una compañía especializada en el ramo entiende que ese convenio está sujeto a las reglas del código de comercio y que la posibilidad de pactar por fuera del mismo, como si fuera un contrato regulado por el Código Civil, no será posible". (fls. 155 y 156 *ibídem).*

Por último se resalta en la sentencia que varios autores entre ellos el profesor Efrén Ossa y el mismo Doctor Germán González Cajiao, apoderado de las Sociedades demandantes, rechazan la confiabilidad jurídica entre la subrogación legal prevista en el artículo 1096 del C. de Co, y la cesión de derechos de los asegurados contra las personas responsables del siniestro.

EL RECURSO.

Las sociedades Colpatria - Compañía de Seguros Patria S.A. - Suramericana de Seguros S.A. y Compañía Agrícola de Seguros S.A., interpusieron recurso extraordinario de anulación contra la sentencia comentada, formulando cinco cargos contra ella así:

"**PRIMER CARGO**. Se acusa a la sentencia, por la, causal prevista en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, es decir, por violación directa de la ley sustantiva, por falta de aplicación del Artículo 1096 del Código de Comercio.

La falta de aplicación del mencionado Artículo 1096 del Código de Comercio, proviene de una errónea interpretación de los Artículos 1036; 1046 y 1050 del Código de Comercio.

.....

"El Artículo 1036 del Código de Comercio, que se interpretó erróneamente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, preceptúa: "El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva".

"El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el Asegurador suscribe la póliza".

Y el Artículo 1046 del Código de Comercio dispone: "El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza..."

El Artículo 1050 del mismo Código señala: "La póliza flotante y la automática, se limitarán a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo al la póliza, **certificados de seguro** o por otros medios sancionados por la costumbre".

Ya vimos, a la página 11, como la Sala se reafirma en el sentido de considerar que no basta que la póliza automática tenga fecha de expedición anterior al siniestro, sino que se requiere que el certificado expedido con imputación a la misma también sea anterior en el tiempo.

Del texto de los Artículos citados, se ve diáfanamente ya que su sentido es claro, natural y obvio, que la ley no exige en parte alguna que, para que el contrato de seguro se perfeccione, es necesario que en la póliza automática, el certificado que se expida tenga la fecha anterior al siniestro. Tanto los artículos 1036 como 1046 del Código de Comercio, establecen unas condiciones *ad-substantiam-actus y ad-probationem.* No exigen, tales normas, en parte alguna, que en tratándose de pólizas automáticas o flotantes, se expida un certificado de seguro **anterior al siniestro**, pues no es el certificado el que prueba el contrato, su existencia y validez, sino la póliza suscrita o firmada por el Asegurador". (fls. 86 vto. y 87 cdno. 5 del Consejo).

.....

"La interpretación errónea del artículo 1050 del Código de Comercio consiste en que la póliza flotante y la automática se limitan a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses el contrato, para ser definidos en declaraciones **posteriores.** Estas declaraciones podrán hacerse constar mediante

cualquier anexo a la póliza o inclusive por otros medios sancionados por la costumbre, distintos al certificado de seguro, como lo admite esta norma, sin que sea requisito legal para la existencia del contrató de seguro, como ya se dijo, el que el certificado de seguro que se expide en aplicación a la póliza flotante se expida con fecha anterior al siniestro, pues la ley no lo exige así en parte alguna. Resumiendo tenemos que:

A) La errónea interpretación, pues, de los artículos 1036; 1046 y 1050 del Código de Comercio, incidieron en la violación directa del artículo 1096 del Código de Comercio, pues el Juez no aplicó, debiendo hacerlo, esta última disposición ya que, efectuado el pago, (Hecho admitido en la sentencia), su consecuencia jurídica era que el asegurador quedará legalmente subrogado en los derechos del asegurado contra el responsable de la pérdida.

B) El pago es inválido para la sentencia, lo que no le permite la subrogación al asegurador, porque aquél tiene por causa un contrato de seguro, ya que, conforme a sus tesis, no basta solo la emisión de la póliza para que el contrato se perfeccione y pruebe, sino que el Certificado de Seguro que se expida en aplicación a ella, tenga fecha posterior al siniestro.

C) Un pago celebrado en tales condiciones (Ver página 12 del fallo del 6 de mayo de 1982, expediente 2880, tesis que la sentencia que yo acuso reitera a la página 11), es inválido porque: "No hay duda - dice el fallo del 6 de mayo de 1982, expediente 2880 - de que si al momento de perfeccionarse el contrato de seguro, el riesgo se ha realizado, dicho contrato no produce efecto alguno, conforme al artículo 1045 citado..."

Y ya vimos que, según la errónea interpretación que da él Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, a los Artículos 1036; 1046 y 1050 del Código de Comercio, como es a partir de la expedición del Certificado de Seguro, cuando el contrato de seguro queda perfecto, todo siniestro (Artículo 1054 del Código de Comercio) ocurrido ANTES de que el contrato de seguro se perfeccione, es un hecho cierto, por consiguiente no existe como riesgo y es, por tanto, extraño al contrato de seguro.

D) La consecuencia es la de que se aplique indebidamente el Artículo 1045 del Código de Comercio, al considerar que **faltan** 2 elementos esenciales del contrato de seguro: Riesgo asegurable y obligación condicional del Asegurador, (Artículo 1530 del Código Civil), **cuando en realidad existen,** y considerar por esa circunstancia que "El contrato de seguro no produce efecto alguno", cuando en realidad siendo que posee

todos sus elementos esenciales y sirve, si se hubiera aplicado correctamente el mencionado Artículo 1045, para fundamentar el "pago válido" que hubiera legitimado en la causa al Asegurador para reclamar contra el responsable de la pérdida, conforme al Artículo 1096 del Código de Comercio.

E) Se produce así, igualmente, una aplicación indebida del artículo 1054 del Código de Comercio, al considerar como "Hecho cierto", extraño al contrato de seguro, lo que era "Suceso incierto a partir del perfeccionamiento del contrato o suscripción de la póliza por parte del asegurador".

También se produce una aplicación indebida del Artículo 1530 del Código Civil, al estimar la sentencia como "riesgo ya ocurrido" lo que es una obligación condicional (La que asume el Aseguradora) o sea, la que depende de una condición, esto es de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no (El siniestro) o sea que, entendida rectamente la norma- como dice Hernando Morales en su libro Técnica de Casación Civil, Ediciones Rosaristas, 1983, Página 132- 9) se la hace producir efectos distintos de los contemplados por la misma norma". (fls. 88 - 88 vto. y 89 *ibídem*).

Se refiere luego el censor, al carácter sustancial o sustantivo del artículo 1096, apoyándose al efecto en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

"**SEGUNDO CARGO**: Como consecuencia de la interpretación errónea hecha por el juzgador a los artículos 1036; 1046 y 1050 del Código de Comercio, se produce la falta de aplicación del Artículo 1602 del Código Civil y, en consecuencia, se suprimen los efectos del contrato de seguro válidamente celebrado, uno de los cuales es el pago de la indemnización por parte del asegurador, (Artículo 1037 del Código de Comercio), pago que, por ser válido, debería haberle conferido legitimación en causa para exigir y obtener del tercero responsable, conforme al artículo 1096 del Código de Comercio, el pago del perjuicio, de no haber habido una errónea interpretación de los ya tantas veces mencionados Artículos 1036; 1046 y 1050 del Código de Comercio". (fl. 89 vto. *ibídem*).

A continuación el apoderado de las compañías recurrentes glosa la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 6 de mayo de 1982, Expediente No. 2880, Actora Seguros la Andina S.A. contra Colpuertos, para concluír que la interpretación que en ella se hizo del artículo 1050 del C. de Co., es erróneo, lo que condujo a la falta de aplicación del artículo 1602 del C.C. y llevó al Consejo de Estado a exigir "un requisito adicional no previsto en

la ley positiva, para acreditar el perfeccionamiento del contrato de seguro, efectuando una distinción arbitraria al referirse seguros ordinarios, para distinguirlos de los seguros automáticos o flotantes, distinción que la ley, se repite, no hace en parte alguna del Código de Comercio. Lo que exige la ley como requisito adicional y como bien lo establece el artículo 1050, es la suscripción o expedición de un certificado de seguro, en las pólizas automáticas de transporte, pero que no tiene por objeto el perfeccionamiento del contrato de seguro mismo, sino la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización". (Fl. 90 vto. *ibídem*).

TERCER CARGO: Este reparo "se hace consistir en que la sentencia que acuso, no aplica las normas de la cesión de créditos previstas en el Código Civil, debiendo aplicarlas en el caso controvertido, ya que fueron admitidas como hechos invocados en la demanda, por el fallo (Página 2 literales G y H), así como en los fundamentos de derecho de la demanda (Página 3) (fl. 90 vto., y 91 *ibídem*).

Al efecto se apoya en el salvamento de voto que en, el *sub-lite* hizo el Doctor Antonio José de Irisarri R., del cual destacó estos apartes:

"La sentencia desconoce validez a los convenios de cesión de derechos y acciones que los importadores de las mercancías incendiadas en poder de puertos de Colombia, hicieron en favor de las sociedades demandantes porque -son sus palabras **efectuado el pago**, todos los derechos y acciones que tenía **el Asegurado** contra el responsable de la pérdida de la mercancía, pasan automáticamente al patrimonio de la **Aseguradora que hizo el pago.**

"Este aspecto - continúa la sentencia - es el que impide que el **Asegurado** pueda ceder civilmente sus derechos a la **Aseguradora** luego de cumplido **ese pago**, porque aquel nada tendrá en su patrimonio cuando celebre el convenio de cesión". Y añade el ilustre Magistrado (Página 2a.... pero si los pagos no fueron válidos, como lo consideró la mayoría, entonces la sentencia se contradice y se equivoca, al asignarles consecuencias jurídicas que no podrían producir (pues serían pagos no válidos), tales como la de desencadenar el mecanismo de subrogación opelegis, consagrado en el tan mentado Artículo 1096 del Estatuto mercantil. Y la consecuencia, en la hipótesis aquí planteada, también tendría que ser otra: Si no hubo subrogación legal porque el pago hecho por las Compañías Aseguradoras fué inválido y no podía, por tanto, producir las consecuencias subrogatarias previstas por la ley, no se ve, entonces, cuál pueda ser la razón legal que permita desconocer los convenios de cesión aducidos al proceso". (fl. 91 *ibídem*).

Y luego aduce:

"Al no aplicar el Artículo 1959 del Código Civil, tal como fué subrogado por la ley 57 de 1887, en su Artículo 33; 1960 y 1961 del Código Civil, el juez no aplicó al caso que lo requería, estos preceptos legales y por tanto, violó directamente la ley sustancial o sustantivo, pues si los hubiese aplicado rectamente, los demandantes se hubieran legitimado en causa contra la persona responsable del siniestro y habrían obtenido una sentencia a su favor, en el supuesto de que todos los demás elementos probatorios así lo indican.

La cesión de créditos, además, está para el Honorable Consejo de Estado Sección Tercera, evidenciada en autos como aparece a la página 5a. de la sentencia". (fls. 91 y 91 vto. *ibídem*).

Y agrega:

"La consecuencia lógica y jurídica de la aplicación recta de las normas que comprenden el caso controvertido, o sea las de cesión de derechos, era reconocer la legitimación en la causa de las actoras, sin necesidad de exigir, la aducción de las pólizas de seguro, pues el fundamento jurídico de la pretensión de la era la cesión de derechos, modo legítimo de efectuar la tradición de los créditos personales, conforme lo tiene establecimiento el Artículo 761 del Código Civil, que las sentencias también violó, al no aplicarlo.

La incidencia de la no aplicación de los Artículos pertinentes de la cesión de derechos que se dejan mencionados, es que produjo, la ilegitimación en la causa de las actoras. Aparece evidenciado en autos y admitido por la sentencia, que el cedente entregó el título de cesión al cesionario y por lo tanto deberá producir efectos, de haberse aplicado el Artículo 33 de la Ley 57 de 1887, entre ambos contratantes, cosa que la sentencia ignoró.

Tampoco se aplicó por el sentenciador el Artículo 1960, en el sentido de considerar que la cesión había surtido efectos contra el deudor (Empresa PUERTOS DE COLOMBIA), pues la misma fué notificada a aquél, con la notificación de la demanda, ya que formaba parte de los anexos de la misma.

Ni aplicó el Artículo 1962 del Código Civil, al no considerar la sentencia que el deudor había aceptado la cesión efectuada al asegurador de los derechos de los importadores, al contestar la demanda". (fls. 91 vto.- y - 92 *ibídem*).

CUARTO CARGO: "La sentencia condena en costas a las Compañías actoras, por el hecho de haber perdido el proceso. Como muy acertadamente expone también el ilustre Magistrado que salvó el voto, doctor Antonio de J. Irizarri (sic), "Debo expresar también mi inconformidad en relación con la condenación en costas que la sentencia fulmina, pues considero que con este proceder se le imprime un carácter típicamente retroactivo que no meramente retrospectivo, ni mucho menos inmediato, al Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, adoptado mediante el Decreto Ley No. 1 de 1984".

En efecto, el Artículo 26 de la Constitución Nacional preceptúa "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal Competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.".

La demanda se presentó el día 20 de junio de 1983 y en tal época, el antiguo Código Contencioso Administrativo estaba en vigencia y no contemplaba en parte alguna, que se impusiera la condenación en costas a la parte vencida. Esta fué una (entre tantas) novedades agradables del Nuevo Código Contencioso Administrativo para los litigantes, que fué adoptado por el Decreto 01 de 1984, que como se sabe, empezó a regir el primero de marzo del mencionado año.

Es entonces evidente que el fallo viola la Constitución Nacional en su Artículo 26, pues impone una sanción al ciudadano, que no era preexistente al hecho de que se imputa hoy, pues, como ya se dijo, el proceso se, inició antes de la vigencia del Nuevo Código". (fls. 92 y 92 vto. *ibídem*).

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Fiscal Segundo del Consejo de Estado, estima que los cargos que hacen los actores no están llamados a prosperar. Dijo la Vista Fiscal al respecto:

"La sentencia, a juicio de esta Fiscalía ha interpretado y ha aplicado en forma correcta y acertada las normas que rigen la materia del seguro. La interpretación que pretende el recurrente desvirtúa completamente la naturaleza, misma del contrato de seguro, en donde el objeto y causa del mismo es precisamente responder a la necesidad de asegurar un riesgo futuro e incierto, pero nunca un siniestro o un hecho ya sucedido.

Así pues, los cargos primero y segundo, que presenta el recurrente, a juicio de este despacho no, pueden prosperar. Se refiere también el recurso a la falta de aplicación del Art. 1959 del Código Civil, sobre cesión de derecho.

Este despacho considera, que la norma del Código Civil citada no es de aplicación en el caso estudiado por la Sala, pues existiendo norma explícita en materia de seguros ésta es la que debe aplicarse como acertadamente lo hizo la Sección III.

Respecto al último de los cargos, relacionado con la aplicación del art: 171 del C.C.A., esta Fiscalía considera que no es procedente en esta clase de recursos, pues no cumple con las exigencias del Art. 197 del C.C.A. por tratarse de una norma de procedimiento. El cargo no prospera.

CONSIDERACIONES

1) Primer cargo.

El recurrente acusa la sentencia por violación directa de la ley sustantivo por falta de aplicación del Artículo 1096 del C. de Co., proveniente de una errónea interpretación de los Artículos 1036,1046 y 1050 de la misma obra.

La violación directa de la ley por falta de aplicación se produce cuando el sentenciador la desconoce y en estas condiciones el juez se rebela y deja de aplicarla por toda cuestión probatoria, porque es muy distinto que por falta de prueba de los supuestos fácticos, el fallador no pueda decidir que es una situación totalmente diferente.

Confrontando el fallo impugnado con este cargo, se concluye lo siguiente:

a) La sentencia expresamente señala que el litigio esta regulado específicamente por el artículo 1096 del C. de Co., pero qué los actores no probaron la legitimación en la causa porque no demostraron la existencia del contrato de seguro con fecha anterior al siniestro, así, como tampoco probaron la importación de la mercancía en legal forma, el depósito en la bodega oficial y su pérdida mientras estaba bajo la responsabilidad de la entidad demandada, ni el pago a la firma importadora, ni su existencia y representación legal, ni las correspondientes a las firmas importadoras.

Lo anterior se reafirma cuando el fallo dijo al respecto lo siguiente:

"No existe duda alguna de que en el caso *subjudice* el conflicto central está regulado por el antecitado artículo 1096. Por esa razón debió cada una de las aseguradoras, para probar su legitimación en causa, demostrar:

1) Que entre ellas y las firmas importadoras existió un contrato de seguro; para el efecto debió acompañar la póliza original. Si fué automática o flotante debió, además adjuntar los certificados de fecha anterior a la ocurrencia del siniestro.

2) La importación de mercancía en legal forma; el depósito en la bodega oficial y su pérdida mientras estaba bajo la responsabilidad de la entidad pública encargada dé su depósito.

3) El pago hecho a la firma importadora en la cuantía convenida y en su fecha.

4) Su existencia y la representación legal y las de la firma importadora".

"Estos supuestos no fueron bien evidenciados. Atrás se dijo que sólo obran en el expediente las pólizas #s. 03605, 413 y 0318 en copias y no las #s. 007310, 1361, 10843; y que los certificados de seguro (los que aparecen en copia en el expediente y los simplemente enunciados con sus números y fechas, que no se adjuntaron) fueron expedidos después del siniestro.

La falta de pruebas en estos extremos no permite afirmar que las compañías demandantes estén legitimadas en causa.

Solo en virtud de los seguros contratados (sic),y de su pago podrá hablarse de que las aseguradoras podían instaurar las acciones indemnizatorias que las importadoras tenían contra Puertos de Colombia por la pérdida de la mercancía importada". (se subraya).

Por lo tanto, no puede afirmarse absolutamente que el fallador haya desconocido la existencia del Artículo 1096 del C. de Co. que el cargo encuentra inaplicado.

b) Como las sociedades demandantes plantearon sus pretensiones con base en la cesión de derechos regulada en el Código Civil y la sentencia encuentra que el derecho de ellas emana del Código de Comercio mediante la figura de la subrogación legal a que se refiere el artículo 1096 del C. de Co., aparentemente aparece como si el sentenciador hubiera dejado de aplicar este

artículo caprichosamente, pero analizando detenidamente la situación planteada en el fallo, se deduce que el sentenciador tuvo en cuenta esta disposición legal pero no pudo declarar sus efectos y sus consecuencias jurídicas, porque no encontró probados varios de los supuestos de hecho necesarios para el reconocimiento del derecho alegado.

No se trata de que el fallador dejara de aplicar la ley, sino de que no puede declarar las consecuencias jurídicas y prácticas de ella, por falta de la debida comprobación de varios hechos, y como antes se anotó, la violación directa de la ley consiste en su desconocimiento o en la disposición contra su mandato pero con independencia de toda cuestión probatoria, y aquí el recurrente la afirma, pero sin tener en cuenta que en el supuesto que en gracia de discusión llegara a prosperar su impugnación, no podría decidirse luego en el fondo por falta de la prueba de los hechos que lo legitimarían en la causa.

Por consiguiente, no esta llamado a prosperar el primer cargo.

La Sala no desconoce, desde luego, como lo ha sostenido en diferentes fallos, que el seguro automático se perfecciona al suscribirse la respectiva póliza, contrato en el cual aparecen definidos en abstracto, tanto el interés como el riesgo asegurable, así como las condiciones generales del seguro, y reitera que si bien en el certificado de seguro se precisan aspectos suplementarios de los intereses del mismo, dicho documento tiene un carácter probatorio solo en relación con los aspectos no determinados en la póliza y que su expedición es válida aunque ya se haya producido el siniestro.

Esta afirmación, que la Sala Plena había venido sosteniendo como lo dijo en el fallo de 13 de agosto de 1990 exp. A-044 ponente Dr. Reynaldo Arciniegas y que hoy en día tiene pleno respaldo en el 43 del Decreto Ley 01 de 1990 que aunque es norma posterior a los hechos debatidos en el proceso y por ello no se invoca como norma aplicable, se trae como precepto ilustrativo de lo que ya la Sala Plena de está Corporación había venido sosteniendo y por lo tanto, contribuye a reafirmar la jurisprudencia y señalar que no le asiste razón al fallo recurrido,cuándo afirma que debieron adjuntarse los certificados de seguros con fecha anterior al siniestro, para que la póliza surtiera todos los efectos legales, aspecto que no tiene incidencia alguna en la prosperidad del cargo, como antes se anotó, puesto que los demandantes dejaron de probar varios hechos que los legitimarían en la causa. Dice al respecto el parágrafo único del artículo 43 del Decreto Ley 01 de 1990:

"El artículo 1117 del Código de Comercio, quedará así:

Artículo 1117 - Además de las enunciaciones exigidas en el artículo 1047, el certificado de seguro deberá contener:

(...)

PARAGRAFO - En la póliza automática, el certificado de seguro tiene también la función de especificar y valorar las mercancías genéricamente señaladas en la póliza. El certificado puede emitirse aún después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro". (se subraya)

2) Segundo cargo.

El segundo cargo consiste en la falta de aplicación del artículo 1602 del C. C., según el cual "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", como consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 1036, 1046 y 1 050 del C. de Co., ya que en estas condiciones se suprimieron los efectos del contrato de seguro. Respecto de este cargo, habrá de decirse lo siguiente:

a) Las sociedades importadoras y las de seguros son de aquellas que realizan actos, operaciones y actividades mercantiles y por, consiguiente se rigen por el Código de Comercio, en los términos descritos en los artículos 20 numerales 1o. y 10, 21 y 22 del Código de Comercio, cuyos textos expresan:

"ARTICULO 20: Son mercantiles para todos,los efectos legales:

1o. La adquisición de bienes a título oneroso. con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;

(...)

10°. Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;

(...) (se subraya)

ARTICULO 21: Se tendrán asimismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales. (se subraya)

ARTICULO 22: Si el acto fue mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial". (se subraya)

b) Dice el artículo 1o. del Código de Comercio que "los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas", y el artículo 2o. de esta misma obra expresa que "en las cuestiones comerciales que no pudieron reglarse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

c) Mediante la cesión de derechos consagrada en el Código Civil, las compañías de seguro pretendieron ocupar el lugar de las sociedades importado con el objeto de reclamarle a Puertos de Colombia, los valores de los seguros que habían cancelado a causa de la destrucción de las mercancías incendiadas en desarrollo del contrato de seguro.

d) Sin embargo, como el asegurador cuando haga una indemnización por razón de un contrato de seguro se subroga por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro, de acuerdo con el artículo 1096 del Código de Comercio, la cesión de derechos en los términos del Código Civil era improcedente por que como antes se anotó los asuntos mercantiles se rigen por la ley mercantil, y los comerciantes solamente pueden acudir al Código Civil cuando exista un vacío sobre la materia en la ley comercial y además no sea posible decidirlo por analogía de sus normas.

e) Por consiguiente, como los efectos perseguidos con la cesión derechos y obligaciones, regidas por la ley civil, debían buscarse con base en la figura de la subrogación prevista en el artículo 1096 del, C. de Co., no era procedente que las compañías importadoras y las aseguradoras acudieran a la cesión de derechos y obligaciones regidas por la ley civil.

f) La contrariedad con la ley comercial por parte de los actores, al acudir a la figura de la cesión de derechos del C.C., no puede invocarse para plantear el desconocimiento en este caso pues la ley civil no pudo ser violada por falta de aplicación ya que su ámbito de obligatoriedad real en este caso con la ley comercial.

El fallo no desconoció esta realidad, y al respecto dijo lo siguiente:

"En el caso *sub-júdice* se dió ese doble fenómeno. Por un lado, al recibir el pago las firmas importadoras firmaron la nota de subrogación (no era

siquiera necesario este requisito porque los efectos nacen de la ley y no del convenio).

Y por el otro, suscribieron el contrato de cesión, luego del pago del siniestro, con sujeción al código civil.

Este doble juego no está permitido en la ley. La segunda cesión carece de validez, por cuanto cuando el cedente la hace a favor del cesionario, aquél ya no tiene los derechos que cede en su patrimonio, porque éstos están ya radicados en el del cesionario. Puede hablarse entonces, que esta última operación es inexistente, por carecer de objeto".

6) Además, como el cargo se plantea por falta de aplicación de la ley sustancial con independencia de toda cuestión probatoria, habrá de decirse que el fallo recurrido expresó que las pólizas 007310, 1361 y 10843 no se acreditaron al proceso, y las pólizas TR-3605, 413 y 318 apenas si se allegaron en copias.

Esta grave deficiencia probatoria no puede alegarse por la parte actora en este recurso, pues el fallador no podía darle validez a unos contratos de naturaleza solemne, según lo dispone el artículo 1036 del Código de Comercio y que no halló debidamente probados.

En estas condiciones la afirmación del recurrente conlleva a que en realidad la censura que hace en este segundo cargo a la sentencia, no sea en realidad por violación directa de la ley en la modalidad de falta de aplicación, sino de infracción indirecta de la ley, consistente en que no se le dieron los efectos a un contrato de seguro, causal ajena a este medio de impugnación extraordinario.

Dijo el fallo recurrido al respecto:

"No aparecen acreditados los siguientes hechos dentro del proceso:

a) La existencia de los contratos de seguros contenidos en las pólizas 007310, 1361 y 10843. Obran sí las copias de las distinguidas con los #s. TR 3605, 413 y 0318, tomadas durante la inspección judicial que obra a folios 221 del c. # 3".

Por lo antes expuesto, no está llamado a prosperar el segundo cargo que se hace a la sentencia.

3) Tercer cargo.

Falta de aplicación de los artículos 1959, 1960 y 1961 del C.C. mediante los cuales se regula la cesión de derechos.

Sobre esta censura habrá de reiterarse lo que se dijo en el punto anterior, en el sentido de que no es válido a las partes contratantes escoger a su arbitrio la legislación aplicable según le sirva a sus conveniencias, si con ello se contrarían las normas legales que se han expedido para regular los diferentes supuestos de hecho en el tráfico mercantil y a los cuales se hallaban sujetos, porque con esta modalidad surgiría una inseguridad jurídica tanto para los contratantes y los terceros contra los cuales se podrían hacer valer los derechos que surgirían de los diversos contratos civiles, laborales o mercantiles, según el caso, como para las autoridades encargadas de llevar el control y vigilancia de tales actos.

Por consiguientes, como la ley comercial consagró la subrogación en el artículo 1096 del C. de Co., no era lícito que las Compañías de Seguros recurrentes, sujetas a la ley comercial, suscribieran los documentos de cesión, para sustituir la aplicación de las normas del Código de Comercio, por las leyes previstas en el Código Civil, contrariando así lo dispuesto por el legislador.

Por estos aspectos, no está llamado a prosperar este tercer cargo.

4) Cuarto cargo.

Los recurrentes censuran el fallo por cuanto fueron condenados en costas, a pesar de que esta sanción no existía en la época de la presentación de la demanda, vulnerándose así el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886.

Ley sustancial es aquella que crea derechos e impone obligaciones, y ley procesal es aquella que crea los medios para hacer efectivos esos derechos, y en esta medida, como la condena en costas no es un medio idóneo de hacer efectivo un derecho sino mas bien la de imponer una obligación, se estima que el artículo 171 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984) es de carácter sustancial y no procedimental como lo estimó el Fiscal ante esta Corporación.

Confrontada la sanción impuesta ante el Artículo 26 de la C.N. de 1886 vigente cuando se impuso la condena recurrida, hoy artículo 29 de la nueva Carta Política, se concluye que en efecto como la demanda se presentó el día 20 de junio de 1983 cuando aún se hallaba vigente la ley 167 de 1941 la cual no había creado esta clase de sanción, es evidente que el fallador dejó de aplicarle dicha ley 167 y, según la cual el litigante vencido no se hacía acreedor a la condena en costas como la que la sentencia le impuso a los recurrentes.

Por consiguiente, la Sala estima que éste cargo se encuentra llamado a prosperar, debiéndose anular el fallo en la parte en que condenó en costas a la parte actora.

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

FALLA:

PRIMERO: NO PROSPERAN LOS CARGOS 1o., 2o., y 3o. QUE LA PARTE ACTORA EN EJERCICIO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION HACE A LA SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1986 PROFERIDA POR LA SECCION TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, EXPEDIENTE No. 4081, ACTOR: COLPATRIA Y OTROS.

SEGUNDO: ANULASE la parte resolutiva del anterior fallo, sólo en cuanto condenó en costas a la parte actora.

TERCERO: En firme la presente providencia, remítase el expediente a la Sección Tercera de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Yesid Rojas Serrano, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miren de la Lombana de M., Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo M., Delio Gómez Leyva, Miguel Viana Patiño, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos* (salvo el Voto), *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

COLPUERTOS - Naturaleza Jurídica / ACTO MERCANTIL / JURISPRUDENCIA ORDINARIA / COMPETENCIA (Salvamento de Voto)

Las reestructuraciones ordenadas por las normas legales cambiaron no sólo la naturaleza jurídica de la entidad, sino su régimen jurídico, todo lo cual trajo como efecto inmediato que sus actividades mercantiles se sometieran a las normas del derecho privado y sus actuaciones en este campo se concreten en actos mercantiles. La responsabilidad que corresponde a COLPUERTOS en ejercicio de sus actividades comerciales se rige por las normas del derecho privado y las controversias que surjan sobre la materia corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

Referencia: Expediente Número A-014. Recurso Extraordinario de Anulación. Actor: COMPAÑIA DE SEGUROS PATRIA S.A. COLPATRIA Y OTROS.

Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Con el debido respeto preciso mi discrepancia con la providencia que antecede en los siguientes términos:

La Empresa Puertos de Colombia, creada por la ley 154 de 1959, fue **reestructurada** por el Decreto 561 de 1975 y definida entonces como una "empresa comercial del Estado", **sometida en sus actividades comerciales a normas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria** y regulada por

el derecho público cuando ejerciera funciones administrativas a través de actos administrativos (artículos 1° y 29 del Decreto 561 de 1975).

La Empresa Puertos de Colombia fue nuevamente reestructurada por el Decreto 1174 de 1980, y en dicha norma se volvió a definir como "empresa comercial del Estado" y se dispuso que su régimen jurídico sería el previsto para la actividad y funcionamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 24).

El decreto 1174 de 1980, con relación a las actividades de la empresa, precisa que:

> "En los términos del presente decreto, la Empresa tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y Leticia y los demás puertos que en el futuro le sean incorporados por el gobierno. Así mismo, en el caso de instalaciones de carácter privado tendrá a su cargo el control de las labores operativas de todas las obras portuarias".

Y el mismo decreto 1174 de 1980 establece en su artículo 3°, como funciones de la empresa las de: prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga y los demás servicios adicionales propios de la actividad portuaria; construir nuevas facilidades portuarias, con sus propios fondos o con los que el gobierno le asigne; fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que presten en los terminales, con la aprobación del Gobierno Nacional; prestar los servicios de vigilancia en los puertos a su cargo; regular el funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado que hayan sido autorizadas por la Dirección Marítima y Portuaria o que sean declaradas como puerto habilitado por el Gobierno Nacional, y verificar su cumplimiento.

Del análisis de las funciones enunciadas puede establecerse que la Empresa Puertos de Colombia realiza algunas actividades que constituyen la típica **función administrativa** que implica el ejercicio de las prerrogativas del poder público; tales son: la regulación y verificación del funcionamiento de obras portuarias, la fijación de las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que prestan los terminales y las referentes a la dirección y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales.

Pero también, realiza actividades puramente comerciales como lo son la administración y explotación de los servicios portuarios y de los muelles. Así las define el artículo 20 numeral 9° del Código de Comercio.

De conformidad con las normas citadas, mediante las cuales se cambió la naturaleza y el régimen jurídicos de la Empresa Puertos de Colombia, siendo ya, a partir de 1975 una empresa comercial del Estado, las actividades que tienen el carácter de función administrativa se rigen por normas de derecho público y aquellas que constituyen su actividad comercial se rigen por las normas del derecho privado, y las controversias que surjan por razón de esta actividad se ventilan ante la jurisdicción ordinaria, tal como expresamente lo dispone el artículo 24 del citado decreto 1174 de 1980 al remitirse al régimen jurídico de las empresas del Estado establecido en el artículo 31 del decreto 3130 de 1969.

Lo anterior es la consecuencia necesaria de las disposiciones legales que modificaron la naturaleza jurídica de la empresa, para adecuarla a las normas generales establecidas en el año de 1968, mediante los cuales se tipificaron las diferentes clases de entidades descentralizadas y se precisaron sus regímenes jurídicos.

Por ello, las referidas reestructuraciones ordenadas por las normas legales cambiaron no sólo la naturaleza jurídica de la entidad, sino su régimen jurídico, todo lo cual trajo como efecto inmediato que sus actividades mercantiles se sometieran a las normas del derecho privado y sus actuaciones en este campo se concreten en actos mercantiles.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la responsabilidad que corresponde a COLPUERTOS en ejercicio de sus actividades comerciales se rige por las normas del derecho privado y las controversias que surjan sobre la materia corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con lo anterior, esta jurisdicción no es competente para dirimir la controversia plantada en la instancia, ni por lo tanto, para resolver el recurso de anulación en cuestión.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha: *Ut Supra*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / ACLARACION SENTENCIA - Causales / SALVAMENTO DE VOTO / ACLARACION DE VOTO

El art. 309 del C. de P.C., establece que es procedente la aclaración de la sentencia en los casos en que los conceptos o frases ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella. Tampoco es susceptible de aclaración el silencio que por razones obvias guarda la sentencia en relación con los conceptos emitidos por el señor Consejero que salvo el voto y por los Consejeros que lo aclararon, toda vez que no es el silencio lo que puede ser objeto de aclaración sino las frases o conceptos que ofrezcan confusión, es decir, la redacción ininteligible que impida desentrañar el sentido del fallo o que da lugar a interpretaciones diferentes sobre sus alcances. Los salvamentos y aclaraciones de voto sólo son la expresión escrita de los motivos de asentimiento o disentimiento con el fallo, y en nada alteran el texto de la sentencia, ni a ellos tiene que referirse esta pues precisamente por no estar contenidos en ella, deben consignarse por separado por sus autores.

Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-500. Asuntos Constitucionales. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

El Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA solicita la aclaración de la sentencia proferida por esta Sala con fecha 5 de octubre de 1993.

Manifiesta el libelista que "... los conceptos contenidos en la sentencia cuya aclaración estamos solicitando, dan la idea de que esa H. Corporación Jurisdiccional al decretar la Pérdida de la Investidura del H. Senador JOSE RAMON NAVARRO MOJICA **le impuso una pena vitalicia o perpetua,** de resultar inelegible para la misma dignidad o investidura congresional pero **para el resto de su existencia humana**, solicitamos con todo el comedimiento que **se nos aclare** si esa sanción que se impuso al congresista demandado es una sanción perpetua o imprescriptible, o no..... ya que de ello depende el alcance de la decisión adoptada en la parte resolutiva del fallo".

Dice igualmente que debe aclararse la parte motiva de la providencia porque frente a las aclaraciones y al salvamento de voto de algunos Consejeros debió haber pronunciamiento, pues en ellos se expusieron argumentos que no fueron refutados en el fallo.

Por último expresa que tampoco hubo pronunciamiento frente a lo expuesto en el alegato de conclusión, respecto a que siendo el Procurador General de la Nación el demandante, no podía actuar como Ministerio Público como sucedió en el proceso por lo cual la Señora Procuradora Delegada debió declararse impedida y no lo hizo.

La Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso, se opone a la solicitud de aclaración, expresando que de acuerdo con el principio de la congruencia, el fallo debe ser una respuesta adecuada a las súplicas del actor, como ocurrió en el *sub lite,* por lo que no es materia de la sentencia el pronunciamiento sobre los efectos de la pérdida de investidura que la Constitución señaló en el numeral 4o. del artículo 179, como tampoco las razones de inconformidad que se presentan al interior de una corporación, que es propia de cualquier régimen democrático.

Frente a la posible recusación, manifiesta que los artículos 161 y 162 del Código Contencioso Administrativo señalan las causales, oportunidad y trámite para hacerlo y que los derechos de las partes se ejercen.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El artículo 309 del Código de Procedimiento Civil establece que es procedente la aclaración de la sentencia en los casos en que los conceptos o frases ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella.

El memorialista no precisa cuáles son los conceptos o frases, ya sea de la parte motiva o de la parte resolutiva, que ofrecen verdaderos motivos de

duda, sino que expone algunas ideas que traducen su inconformidad con el fallo y su propia duda sobre los alcances que la Constitución Política otorgó a la figura de la pérdida de investidura, alcances a los que no se refiere en parte alguna la sentencia y por ello no hay lugar a su aclaración.

Por otra parte, a la luz del citado artículo 309, tampoco es susceptible de aclaración el silencio que por razones obvias guarda la sentencia en relación con los conceptos emitidos por el señor Consejero que salvó el voto y por los Consejeros que lo aclararon, toda vez que no es el silencio lo que puede ser objeto de aclaración sino las frases o conceptos que ofrezcan confusión, es decir, la redacción ininteligible que impida desentrañar el sentido del fallo o que dé lugar a interpretaciones diferentes sobre sus alcances.

Los salvamentos y aclaraciones de voto sólo son la expresión escrita de los motivos de asentimiento o disentimiento con el fallo, y en nada alteran el texto de la sentencia, ni a ellos tiene que referirse ésta pues precisamente por no estar contenidos en ella, deben consignarle por separado por sus autores.

Por último, en cuanto al posible impedimento de la señora Procuradora Delegada para intervenir en el proceso, precisa la Sala que no es a través de una aclaración de la sentencia que cabe obtener pronunciamiento, sino a través de la figura de la recusación, que en ningún momento utilizó el doctor NAVARRO MOJICA dentro del juicio.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

RESUELVE:

NIEGASE la solicitud de aclaración de la sentencia de 5 de octubre de 1993 presentada por el Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA.

Cópiese y notifíquese

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Miren de la Lombana Magyaroff* (ausente), *Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velázquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez* (ausente), *Consuelo Sarria Olcos, Ernesto Rafael Ariza Muñoz* (ausente), *Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de*

EXP. - AC-500

Arenas, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández (ausente), *Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño* (ausente), *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONGRESISTA / PERDIDA DE INVESTIDURA / CONSEJO DE ESTADO / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA / SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Improcedencia.

Ha dicho la Sala Plena que si jamás se ha puesto en duda que este sea un proceso jurisdiccional, no es posible que conozca de él el Consejo de Estado en Pleno, puesto que la Sala de Consulta y Servicio Civil, que obviamente integra el Consejo de Estado no tiene funciones jurisdiccionales. Es la propia Constitución en su artículo 236 la que divide el Consejo de Estado en Salas y Secciones "para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley", e indica que la ley señalará las funciones de cada una de las Salas y Secciones. El artículo 98 de C.C.A. señala las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil y fácilmente se observa que no menciona ninguna de carácter Jurisdiccional. Por su parte el artículo 96 *ibidem*, que contiene las atribuciones de la Sala Plena, tampoco contempla ninguna que sea jurisdiccional, dado que el Consejo en Pleno se integra con la Sala de Consulta y Servicio Civil.

CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / PROCESO ORDINARIO

Los casos de la pérdida de investidura por causales indicadas claramente en el artículo 183 de la Constitución, reglamentados también por los artículos 296 a 304 de la ley 5a.de 1992, deben ser dilucidados por el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia que para ello le atribuyó la Constitución, sin que sea excusa para no hacerlo la falta de procedimiento especial, puesto

que mientras la ley lo establece, existe la obligación legal de aplicar el procedimiento ordinario, aún cuando éste no permita adoptar decisión definitiva en 20 días hábiles.

CONGRESISTA - Inhabilidades / EMPLEO DE ELECCION POPULAR - Inexistencia / PERDIDA DE INVESTIDURA

El demandado no fue elegido para más de una corporación o cargo público en períodos coincidentes ni tampoco ejerció funciones simultáneamente en dos corporaciones de elección popular pues está probado que tomó posesión como Representante a la Cámara el 11 de noviembre de 1992, con lo cual se desvirtúa la alegada infracción del artículo 128 de la Constitución. Los pactos firmados por aspirantes a Corporaciones públicas de elección popular, tendientes a repartirse entre ellos el período correspondiente para que puedan actuar a pesar de no resultar elegidos, aun cuando censurables por constituir un engaño a los electores y una práctica fraudulenta que conduce a desnaturalizar la intención del constituyente haciéndole producir al artículo 134 de la Carta un efecto no buscado por él, dichos pactos no alteran en este caso el sentido de la decisión porque aun cuando se hubieran celebrado, lo cierto es que de conformidad con los hechos probados en este proceso no infringió la prohibición contemplada en el artículo 179 numeral 8 de la Constitución Política ni el artículo 128 *ibídem.*

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -
Santa Fe de Bogotá. D.C.treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres, (1993).

Magistrada Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. AC-1032. Pérdida de investidura. Actor: RODRIGO DE JESUS ALVAREZ BEDOYA.

El ciudadano Rodrigo de Jesús Alvarez Bedoya, actuando en su propio nombre solicita al Consejo de Estado la declaratoria de Pérdida de la investidura de Congresista del Representante a la Cámara Roberto Elías Cano Zuleta, por violación del régimen de inhabilidades constitucionalmente establecido.

Subsidiariamente solicita se le apliquen al señor Roberto Elías Cano Zuleta las medidas penales y administrativas a que haya lugar por "la actuación maliciosa y por fuera del Derecho del profesional de las Ciencias Jurídicas y,

por cuanto se giraron dineros del erario público departamental y nacional respectivamente."

Los Hechos en que se fundamenta la petición pueden resumirse así:

1.- El señor Roberto Elías Cano se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el período 1991-1994 en el renglón segundo de una lista, para las elecciones que tuvieron lugar el 27 de octubre de 1991.

2.- Posteriormente se inscribió en el primer renglón como candidato a la Asamblea Departamental de Antioquia para el período 1992-1994, elecciones que se realizaron el 8 de marzo de 1992.

3.-La inscripción para una y otra Corporación pública se hizo con una diferencia no mayor a 5 meses lo cual contraría las normas electorales y acarea la nulidad de la elección a la Asamblea, pero debido a la caducidad de la acción electoral se pide la pérdida de la investidura de Congresista.

4. Desde el día de instalación de las sesiones ordinarias de la Asamblea Departamental de Antioquia en 1992 el señor Roberto Elías Cano Zuleta se desempeñó como servidor público en calidad de Diputado dignidad que ocupó hasta el 10 de noviembre de 1992, fecha en que le fue aceptada la renuncia.

5.- El día 10 de noviembre de 1992 en que renunció a su investidura de diputado, pasó el señor Cano Zuleta al Congreso de la República a la Cámara, supliendo así la vacancia absoluta dejada por el representante Héctor Alberto Foronda Pimienta, cargo que actualmente desempeña.

6.- El señor Cano Zuleta no puso en conocimiento de las Comisiones de Etica y Acreditación Documentarla estos hechos; debiendo declararse impedido para acceder al cargo congresional no lo hizo lo cual pone de manifiesto su intención de transgredir las normas.

Como fundamentos de derecho cita el peticionario los artículos 23, 29, 40 numerales 4, y 6, 95 numeral 5, 128, 179 numeral 8, 183, 184, 277 numeral 6, 291 y 292 de la Constitución Política; los artículos 7, 5, 84 y 135 del C.C.A. y los artículos 298 a 304 de la ley 5a.de 1992.

Argumenta que la inscripción del nombre para varias corporaciones o cargos públicos de elección popular es ilegal frente a las normas electorales y riñe con las disposiciones constitucionales que pretenden evitar la continuación del arbitrario acto de acceso de un ciudadano a diferentes corporaciones públicas simultáneamente, estableciendo la posibilidad de sancionar con la pérdida de la

investidura no solo a los congresistas sino también a los miembros de Concejos Municipales y Asambleas Departamentales como lo prescribe el artículo 291 de la Constitución.

Agrega que el correcto manejo de los dineros públicos impide que puedan ser asignados, por diferentes causas, a un mismo funcionario o servidor público y así lo dice el artículo 128 de la Constitución.

Afirma que la investidura de Diputado y la legitimidad obtenida para tal posición, presuponen la intención de servir y de representar a sus electores en la Corporación a la cual tuvo acceso, lo cual lleva a plantear la responsabilidad política que desde el acto de posesión adquiere el elegido por el incumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, pues los delegatorios deben subordinar sus intereses personales al interés general y consultar en todo caso la justicia y el bien común.

Termina diciendo que la Constitución de 1991 prohíbe enérgica y claramente la situación planteada en este caso.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El señor Roberto Elías Cano Zuleta mediante apoderado se opone a las pretensiones del señor Rodrigo de Jesús Alvarez Bedoya, por carencia de sustento fáctico y normativo.

Propone las siguientes excepciones:

"Inexistencia de inhabilidad" y "falta de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para conocer de un asunto que corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado"

Sustenta la primera en consideraciones que se refieren al fondo de la controversia.

Dice que lo que prohíbe el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política es la elección simultánea para dos o más Corporaciones Públicas o cargos de elección popular estatuyendo causal de inelegibilidad absoluta y objetiva. Que la vacancia es una situación constitucional y normativa distinta de la elección, que se suple o llena precisamente con los candidatos no elegidos. Pone de presente que el doctor Roberto Elías Cano Zuleta inscribió su nombre como candidato a la Cámara de Representantes el 27 de agosto de 1991 pero no resultó elegido. Que por ello presentó su nombre para la elección de Diputados

a la Asamblea Departamental de Antioquia y resultó elegido. Que por vocación constitucional debía suplir la vacancia absoluta presentada por la muerte del Doctor Héctor Alberto Foronda Pimienta elegido parara el período constitucional comprendido entre diciembre de 1991 y julio de 1994 por haber ocupado el segundo renglón en la lista encabezada por aquél y por ende no existe causal de inhabilidad o inelegibilidad porque el Doctor Cano Zuleta no fue el elegido representante a la Cámara.

Sustenta la falta de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en que el artículo 184 de la Constitución asignó privativamente al Consejo de Estado el decreto de pérdida de la investidura de los miembros del Congreso y la norma es de aplicación restrictiva. Manifiesta que este aspecto es reiterado por la ley 5 de 1992 cuyos preceptos precisan la naturaleza jurisdiccional del acto que decreta la pérdida de investidura, su expedición por el Consejo de Estado en pleno y consagran un procedimiento interno previo, defiriendo a la ley el establecimiento del procedimiento judicial especial que permita el cumplimiento riguroso de los términos constitucionales que no se logra siguiendo las etapas del procedimiento ordinario "ni el especial para la acción laboral".

ALEGATOS DE CONCLUSION

Solamente el peticionario presentó memorial reiterando que las inscripciones del Doctor Cano Zuleta para las distintas corporaciones públicas de elección popular fueron ilegales y que deliberadamente ocultó su elección como Diputado a la hora de reemplazar al Congresista: Por ello solicita de nuevo se acceda a su solicitud.

Extemporáneamente, es decir fuera del término indicado para pedir y practicar pruebas, el peticionario aporta dos documentos en los cuales constan pactos celebrados entre el señor Cano Zuleta y otros candidatos a la Asamblea Departamental.

Se procede a decidir previas estas

CONSIDERACIONES:

Analizará la Sala en primer término las excepciones propuestas por el señor apoderado del Doctor Roberto Elías Cano Zuleta.

La primera denominada "Inexistencia de Inhabilidad" no es tal, sino el objeto mismo de la controversia y sobre lo cual se hará un pronunciamiento de fondo.

La segunda, es decir, la "Falta de Competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo" para conocer del proceso de pérdida de investidura congresional ha sido analizada ya en diversas oportunidades llegándose a la conclusión de que no está llamada a prosperar.

En efecto, ha dicho la sala Plena Contenciosa que si jamás se ha puesto en duda que este sea un proceso jurisdiccional, no es posible que conozca de él el Consejo de Estado en Pleno, puesto que la Sala de Consulta y Servicio Civil, que obviamente integra el Consejo de Estado no tiene funciones jurisdiccionales. Es la propia Constitución en su artículo 236 la que divide el Consejo de Estado en Salas y Secciones "para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley" e indica que la ley señalará las funciones de cada una de las Salas y Secciones.

El artículo 98 del C.C.A. señala las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil y fácilmente se observa que no menciona ninguna de carácter Jurisdiccional. Por su parte el artículo 96 *Ibidem* que contiene las atribuciones de la Sala Plena, tampoco contempla ninguna que sea jurisdiccional dado que el Consejo en Pleno se integra con la Sala de Consulta y Servicio Civil.

La competencia en materia jurisdiccional está atribuida por el artículo 97 del C.C.A. a la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Es por eso que el artículo 184 de la Carta al expresar que la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado, y el numeral 5 del 237 del mismo estatuto se refieren necesariamente a la Sala de lo Contencioso Administrativo; pues si así no fuera, carecería de sentido la separación de funciones que la misma Constitución hace en el artículo 236.

En igual sentido es precisó interpretar el numeral 3 del artículo 298 y el artículo 301 de la ley 5a. de 1992, porque una diferente resulta contraria al artículo 236 de la Constitución Política.

En cuanto al segundo argumento consistente en inexistencia de procedimiento especial señalado por la ley, que permita decidir en un término no mayor de 20 días hábiles, estima la Sala que ese caso está previsto en el artículo 206 del C.C.A., según el cual "Este procedimiento (el ordinario) también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale trámite especial".

Por eso, a juicio de la Sala, los casos de pérdida de investidura por las causases Indicadas claramente en el artículo 183 de la Constitución, reglamentados también por los artículos 296 a 304 de la ley 5a. de 1992, deben

ser dilucidados por el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia que para ello le atribuyó la Constitución, sin que sea excusa para no hacerlo la falta de procedimiento especial, puesto que mientras la ley lo establece, existe la obligación legal de aplicar el procedimiento ordinario, aun cuando éste no permita adoptar decisión definitiva en 20 días hábiles.

De todas maneras resulta preferible desde el punto de vista jurídico, ejercer una competencia que proviene de la Constitución misma así no se observe estrictamente el término señalado para ello, que no ejercerla convirtiendo en letra muerta el artículo 183 de la Carta.

Dilucidado lo atinente a excepciones, analiza la Sala el fondo del asunto así:

La causal invocada es la prevista en el artículo 183 de la Constitución que reza:

"Los congresistas perderán su investidura:

1.- Por violación del régimen de inabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses".

La violación del régimen de inhabilidades se sustenta a su vez en la prohibición contenida en el numeral 8 del artículo 179 de la Carta según el cual

"Nadie podrá ser elegido para mas de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente."

Alega quien solicita la pérdida de investidura del Representante a la Cámara Cano Zuleta, que dicho señor violando las prohibiciones legales y constitucionales se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes y a la Asamblea Departamental de Antioquia, para períodos que en parte coinciden, que ejerció como Diputado a la Asamblea Departamental y ahora como Congresista, incurriendo por tanto en violación del régimen de inhabilidades.

No lo cree así la Sala, porque aunque es verdad que el señor Roberto Elías Cano Zuleta figuro en el segundo renglón de la lista encabezada por el señor Héctor Alberto Foronda Pimienta, inscrita para aspirar a la Cámara de Representantes por el período comprendido entre el 1o de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, lo cierto es que no resultó elegido. Precisamente por no haber sido elegido, pudo inscribir en el mes de febrero de 1992 una lista

encabezada por él, de aspirantes a la Asamblea Departamental de Antioquia para el período 1992-1994.

El 8 de marzo de 1992 fue elegido, se posesionó como Diputado y ejerció las correspondientes funciones hasta el 10 de noviembre de 1992, día en que le fue aceptada su renuncia.

Esa renuncia obedeció al hecho de haber sido llamado a ocupar en la Cámara de Representantes la curul perteneciente al señor Héctor Alberto Foronda Pimienta fallecido el 30 de octubre de 1992, según lo demuestra el registro notarial de defunción traído al proceso. En cumplimiento entonces del artículo 134 de la Constitución que prescribe:"Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplida por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente", pasó a ser Congresista el señor Roberto Elías Cano Zuleta.

Y es precisamente esta disposición la que resuelve el asunto planteado, si se tiene en cuenta que la vacancia absoluta de un congresista se suple con un candidato no elegido.

Así las cosas, es claro que el Doctor Cano Zuleta no fue elegido para más de una corporación o cargo público en períodos coincidentes ni tampoco ejerció funciones simultáneamente en dos corporaciones de elección popular pues está probado que tomó posesión como Representante a la Cámara, el 11 de noviembre de 1992 (fl.171) con lo cual se desvirtúa la alegada infracción del artículo 128 de la Constitución.

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado en caso similar al presente, en el expediente No. AC-659, Actor: Arnaldo Eliécer Guardiola Ibarra, sentencia de 9 de septiembre de 1993 con ponencia del Consejero Doctor Daniel Suárez Hernández.

Finalmente se observa, que los pactos firmados por aspirantes a Corporaciones públicas de elección popular, tendientes a repartirse entre ellos el período correspondiente para que puedan actuar a pesar de no resultar elegidos, aun cuando censurables por constituir un engaño a los electores y una práctica fraudulenta que conduce a desnaturalizar la intención del constituyente haciéndole producir al artículo 134 de la Carta un efecto no buscado por él dichos pactos no alteran en este caso el sentido de la decisión porque aun cuando se hubieran celebrado, lo cierto es que el señor Roberto Ellas Cano Zuleta, de conformidad con los hechos probados en este proceso no infringió la

prohibición contemplada en el artículo 179 numeral 8 de la Constitución Política ni el artículo 128 *ibídem*.

En consecuencia las súplicas del peticionario no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

1o.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Doctor Roberto Elías Cano Zuleta.

2o. Niégase la solicitud de pérdida de la investidura como Representante a la Cámara del Doctor Roberto Elías Cano Zuleta, presentada por el ciudadano Rodrigo de Jesús Alvarez Bedoya.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívase el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Dolly Pedraza de Arenas, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Miren de la L. De Magyaroff, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño,*

Nubia González Ceron, Secretaria General.

PERDIDA DE INVESTIDURA - Trámite / SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA / PROCEDIMIENTO ESPECIAL - Inexistencia (Salvamento de Voto)

En primer término, el artículo 183 del C.N. atribuye la competencia para dictar el decreto de pérdida de investidura al Consejo de Estado. Esta competencia, por estar prevista con especial a términos del art, 237-5 dala 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 competencia en mención al Consejo en pleno. 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 solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano. 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.

SALA PLENA

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Referencia: Expediente No. AC-1032 Actor: RODRIGO DE JESUS ALVAREZ BEDOYA

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 1.992 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 establecer que el decreto de perdida de investidura debería 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 ó 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 101 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*

CONGRESISTA - Incompatibilidades / PERDIDA LA INVESTIDURA / EMPLEO PRIVADO / SOCIEDAD - Representación

Desde el punto de vista es lógico deducir que el Senador Araujo Noguera por el hecho de ocupar legalmente el cargo de gerente de la sociedad "Comasar Ltda". y llevar su representación, al tiempo que ejercía las funciones de congresista, se halla incurso en la causal primera de incompatibilidad contenida en el artículo 180 de la Constitución Nacional. Para la Sala es claro el propósito del Constituyente de 1991 al establecer la prohibición del artículo anteriormente citado, fue el de evitar que los congresistas proyectaran, amparados en otro cargó, el inmenso poder del Congreso para lograr prebendas y privilegios que serían ilusorias si carecieran de la investidura de parlamentarios; e impedir, de otra parte, la distracción de la ocupación congresional en labores ajenas a tal actividad, con detrimento y perjuicio de la función parlamentaria y de su eficacia. Para que un congresista incurra en la causal primera del art. 180 de la Constitución Nacional, basta que asuma legalmente el cargo o empleo público o privado, es decir, que esté potencialmente habilitado para desempeñarlo, pues es la posibilidad de su ejercicio el presupuesto jurídico que determina la prohibición. En este orden de ideas, es evidente que él senador Alvaro Araujo Noguera violó el régimen de incompatibilidades de los congresistas, por lo que el cargo ha de prosperar. La circunstancia de que la sociedad que gerencia hubiese sido constituida antes de su elección y posesión como Senador y de la fecha en que entró a regir la Constitución de 1991, en nada demeríta lo expuesto, ya que las normas que regulan la conducta materia de juzgamiento no hacen distinción alguna entre cargos ocupados antes o después de la elección de parlamentarios

o de vigencia de la actual Carta, sino que se limitan a señalar la incompatibilidad, y en estas condiciones su aplicación es inmediata, debido a que las normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades rigen a partir de su expedición por esta dirigidas a preservar la moralidad pública (art. 18 Ley 153/87).

CONGRESISTA - Incompatibilidades / CONTRATO / SERVIDOR PUBLICO / INTERPUESTA PERSONA / TESTAFERRO

Según lo tiene dispuesto el artículo 127 de la Constitución Nacional los servidores públicos están impedidos para "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". En igual sentido el artículo 180 *ibídem*, expresa en su numeral 2 que a los congresistas les está prohibido celebrar contrato alguno, "por sí o por interpuesta persona" con entidades públicas o con personas que administren tributos, salvo las excepciones que la ley establezca a esta disposición. De la misma manera, el artículo 282 de la ley 5a. de 1992 al regular el régimen de las incompatibilidades de los parlamentarios, prescribe que, con las excepciones que establezca la ley, los congresistas no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona contrato alguno con las entidades públicas o con personas que administren tributos. Conforme a la pruebas aportadas al expediente, se demuestra fehacientemente que el doctor Alvaro Araujo Noguera, durante el término en que ha estado investido de la condición de Senador de la República, celebró, unas veces por interpuesta persona y otras diciéndose representante de la sociedad comercial "Vallenatos Asociados Ltda". contratos de publicidad con algunas entidades oficiales.

Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1o.) de diciembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. AC-632 Actor: JOSEF NAMEN GORAYEB. Pérdida de Investidura

Con base en los artículos 184 de la Constitución Nacional y 304 de la ley 5a. de 1992, procede la Sala a resolver la solicitud de pérdida de la investidura

promovida por el señor JOSEF NAMEN GORAYEB, contra el senador de la República doctor Alvaro Araujo Noguera petición que se fundamentó inicialmente en los siguientes hechos:

"1o.) Previa inscripción de su candidatura, el ciudadano ALVARO ARAUJO NOGUERA obtuvo la cantidad de 33.114 votos reconocidos por el H. Consejo Nacional Electoral, en la elección para Senadores de la República que se cumplió el pasado domingo 27 de octubre de 1991..-

2o.) Con dicha votación el citado ciudadano ALVARO ARAUJO NOGUERA fué declarado elegido SENADOR DE LA REPUBLICA para el período constitucional 1991 a 1994, lo que hizo el H. CONSEJO NACIONAL ELECTORAL mediante el artículo 1o. de su RESOLUCION NUMERO 121 de 1991 (noviembre 25) "Por la cual se declara la elección de senadores y se ordena expedir las correspondientes credenciales", Resolución ésta que fue notificada en estrados el dia lunes 25 de noviembre de 1991.

3o.) El período para el cual fué elegido Senador comenzó el dia 1o. de diciembre de 1991 y termina el próximo dia 19 de julio de 1994, conforme así lo establecieron los artículos 1o. y 3o. Transitorios de la Constitución Política actualmente vigente, por lo que el ciudadano ARAUJO NOGUERA se encuentra actualmente en desempeño de sus funciones senatoriales.

4o.) El numeral 1) del artículo 180 de la CONSTITUCION POLITICA vigente prohíbe a los "congresistas", a título de INCOMPATIBILIDADES con el desempeño de su función legislativa, "**DESEMPEÑAR CARGO** O EMPLEO PUBLICO O PRIVADO", pues la nueva Carta Política de la República exige a los miembros del Congreso Nacional una dedicación completa a sus funciones, por lo cual los actuales congresistas tienen una remuneración mensual suficiente y decorosa, actualmente fijada en $3.500.000.oo-

5o.) Las "incompatibilidades" que para los CONGRESISTAS se establecieron en el citado artículo 180 de la Ley fundamental constituyen suficiente motivo para que los "congresistas" pierdan su investidura, como así lo establece el numeral 1) del citado artículo constitucional cuando dice que "LOS CONGRESISTAS PERDERAN SU INVESTIDURA: 1) POR VIOLACION DEL REGIMEN DE inhabilidades é INCOMPATIBILIDADES, o del régimen de conflicto de intereses".

6o.) La "pérdida de la investidura", según así lo dispone el artículo 184 de la carta "**será decretada por el CONSEJO DE ESTADO** de acuerdo

con la ley y **en un término no mayor a veinte dias hábiles,** contados a partir la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente, **O POR CUALQUIER CIUDADANO".**

Por lo tanto el suscrito ciudadano colombiano es apto para presentar la solicitud contenida en la presente demanda, la cual debe tramitarse, como así lo tiene establecido la jurisprudencia de esa Sala Plena por los trámites de un juicio "ordinario" señalados en los artículos 206 a 214 y pertinentes, del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), subrogados en parte por los artículos 45 a 52 del Decreto - Legislativo Número 2304 de 1989, como así además lo ordena el numeral 16) del artículo 128 del C.C.A., tal como ésta disposición, quedó modificada por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1987.-

7o.) El Senador ALVARO ARAUJO NOGUERA es actualmente y desde el año de 1988 socio de una sociedad "comercial" denominada **"COMERCIAL AGROPECUARIA DEL CESAR LIMITADA** "COMASAR LIMITADA", que fue legalmente constituida por Escritura Pública Número 3.935 del 30 de noviembre de 1988 de la Notaría Unica de VALLEDUPAR, cuya copia auténtica se registró en la CAMARA DE COMERCIO de Valledupar el dia 21 de diciembre de 1988 bajo el No.4566 página 55 del libro respectivo.-

"EL SENADOR DE LA REPUBLICA doctor ALVARO ARAUJO NOGUERA, según consta en la Escritura Pública de constitución antes mencionada, **es el GERENTE y por tanto representante legal de la citada sociedad comercial "COMASAR LIMITADA"**,con domicilio social en Valledupar y con oficinas en la CARRERA 11 Número 13-52, Valledupar (Cesar), y aún en el presente año de 1993 lo sigue desempeñando dicho "cargo" o "empleo" PRIVADO, **pues en CERTIFICACION que adjunto a como prueba a ésta demanda expedida en Valledupar el día 3 de febrero de 193 por el Secretario de la CAMARA DE COMERCIO de Valledupar señor JOSÉ LUIS URON MARQUEZ, así consta.-**

La citada sociedad aparece matriculada en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Valledupar con fecha 21 de diciembre de 1988 bajo el Número 39-026283-3.-

La citada sociedad "COMERCIAL AGROPECUARIA DEL CESAR LIMITADA" "COMASAR LIMITADA" tiene capital social de DIEZ MILLONES DE PESOS y son socios de ella el Senador de la República ALVARO ARAUJO NOGUERA, y sus hijos SERGIO RAFAEL

ARAUJO CASTRO, ALVARO DANIEL ARAUJO CASTRO, ANA MARIA ARAUJO CASTRO, MARIA CONSUELO ARAUJO CASTRO y SARA MARIA ARAUJO CASTRO, cada uno de sus hijos con aportes de $1.300.000.oo y el Senador y GERENTE DE LA SOCIEDAD COMERCIAL citadas, doctor ALVARO ARAUJO NOGUERA, con aporte de $3.500.000.oo m/l.-

La citada sociedad sufrió algunas reformas mediante la Escritura Pública Numero 1.188 de fecha 10 de septiembre de 1990 otorgada en la Notaría Segunda de Valledupar y registrada bajo el número 5227 del 11 de septiembre de 1990, página 082 de la Cámara de Comercio de Valledupar.-

El término de duración de ésta Sociedad es de 30 años, por lo que está actualmente vigente y es - desde su creación - y aún desde el dia 1o. de diciembre de 1991 y hasta la actualidad, **su GERENTE el señor Senador de la República doctor ALVARO ARAUJO NOGUERA, quién de acuerdo en el numeral 1) del artículo 180 de la constitución política no podía desempeñar dicho EMPLEO O CARGO PRIVADO** porque le está expresamente prohibido por la Ley de Leyes de la República.-

El "objeto social" de ésta sociedad "COMASAR LIMITADA" es la siembra y comercialización de productos agrícolas como algodón, maíz, arroz, caña de azúcar, palma africana, árboles frutales, sus derivados, etc...., la cría, levante y ceba de ganado vacuno, porcino, lanar, caballar, aves de corral, y la comercialización de los mismos; la importación, exportación y comercialización de productos agrícolas, ganado, insumos para la agricultura y productos veterinarios; la importación, exportación y comercialización en el país de maquinarias agrícolas, implementos, camperos y repuestos para los mismos; y todo acto lícito de comercio.-

"EL GERENTE de ésta sociedad comercial es el H. Senador de la República doctor ALVARO ARAUJO NOGUERA, elegido para un período de cinco (5) años que está actualmente. vigente y quien tiene las funciones de "usar la firma social o razón social, designar al Secretario de la Compañía, designar empleados para el funcionamiento de la compañía y señalarles remuneración, constituir apoderados judiciales y extrajudiciales necesarios para la defensa de los intereses sociales, abrir cuentas de ahorro y cuentas corrientes con el registro de su firma en los bancos o entidades financieras, ejecutar acuerdos de la junta de socios, celebrar contratos tendientes a cumplir los fines de la empresa, cuidar los recaudos é inversiones de la empresa, presentar informe de su gestión a la Junta General de Socios en sus reuniones y balance general y estado de pérdidas y ganancias de fin de ejercicio con un proyecto de distribución de utilidades,

convocar a la Junta General de Socios a reuniones ordinarias o extraordinarias, nombrar árbitros, velar porque los empleados cumplan sus deberes, otorgar las garantías, prendarias o hipotecarias para el cumplimiento de las obligaciones de la compañía, autorizar con su firma todos los documentos públicos o privados que deba otorgar la compañía, incluyendo pagarás, letras de cambio, etc.., a favor de entidades bancarias o establecimientos de crédito, supervigilar la contabilidad de la compañía, las demás que le asigne la Junta General de Socios y las que por naturaleza de su cargo le corresponden".-

8o.) El actual Senador de la República y GERENTE de la sociedad "COMASAR LIMITADA" como así lo CERTIFICA el Secretario General de la CAMARA DE COMERCIO DE VALLEDUPAR, en el último párrafo del CERTIFICADO que expidió el dia 3 de febrero de 1993 en Valledupar, y que se anexa a ésta demanda, hace constar "QUE SEGUN OFICIO No. 1083 DE FECHA 17 DE SEPTIEMBRE DE 1990, EMANADO DEL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR, INSCRITO EN ESTA CAMARA DE COMERCIO EL DIA 4 DE OCTUBRE DE 1990, BAJO EL No. 364 FOLIO 009 DEL LIBRO RESPECTIVO SE DECRETO EL EMBARGO Y SECUESTRO DEL INTERÉS SOCIAL, UTILIDADES, DIVIDENDOS Y DEMAS DERECHOS DEL DR. ALVARO ARAUJO NOGUERA EN LA SOCIEDAD COMERCIAL AGROPECUARIA DEL CESAR LTDA. COMASAR".-

9o.) El Honorable Senador Araujo noguera no ha dado cumplimiento a la obligación que le imponía el artículo 287 de la ley 05 de junio 17 del 1992 de haber consignado en el libro de registro de intereses privados que debe llevarse en el Senado de la República para consignar en él la información relacionada "con su actividad privada" antes expresada en ésta demanda y especialmente la de incluir su participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el paso o fuera de él, como era su obligación que le imponía y le impone no solamente el artículo 182 de la CONSTITUCION POLITICA sino también los artículos 286 a 295 de la citada ley 05 de 1992 sobre Reglamento del Congreso de la República.-

10o.) En consecuencia, el Honorable senador ARAUJO NOGUERA está incurso de la incompatibilidad o prohibición señalada en el numeral 1) del artículo 180 de la Constitución Política, también señalada en el numeral 2) del artículo 296 de la citada LEY 05 de 1992 sobre Reglamento del

Congreso de la República, que se sanciona con la pérdida de su investidura que se solicita en la presente demanda". (folios 1 a 5).

Posteriormente, y en escrito presentado el 16 de abril de 1993, el procurador judicial de la parte actora **CORRIGIO LA DEMANDA**, dentro del siguiente temperamento:

"Agregándole a los **HECHOS** del *libelo* un hecho nuevo, que sería el 11o. que quedaría así.:

11o) El senador ARAUJO NOGUERA además ha incurrido en otros hechos prohibidos para los congresistas por la Constitución Política, como haber celebrado "contratos" y haber gestionado negocios ante entidades públicas oficiales o semioficiales, como la Caja Agraria, Industrial y Minero; el Banco Ganadero, "Corpocesar", la "Electrificadora del Cesar S.A.", la "Universidad Popular del Cesar", el "Fondo Nacional de Caminos Vecinales" Seccional Cesar, el "Instituto de Capacitación de Adultos Rosita Dávila de Cuello", el "SENA Seccional Cesar", el "INCORA Seccional Cesar", el "Departamento del Cesar", el "Instituto de Bienestar Familiar, Seccional Cesar", el "Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Agraria" INURBE Seccional Cesar, el "Hospital Rosario Pumarejo de López" en Valledupar, el "Instituto Colombiano Agropecuario" ICA Seccional Cesar, el "Servicio Seccional de Salud del Cesar", el "Municipio de Paz", la "Lotería la Vallenata" y el "Instituto Geográfico Agustín Codazzi del Cesar, organismos éstos oficiales, semioficiales o simplemente que administran tributos o fondos públicos "oficiales", todos en sus sedes que tienen en la ciudad de VALLEDUPAR, capital del Depto. del Cesar.-

Uno de tales contratos los ha celebrado o prorrogado, pero se encuentran vigentes actualmente, el Senador demandado con tales organismos, en su condición de persona natural ó como gerente, representante legal o socio de la sociedad cuya razón social es "VALLENATOS ASOCIADOS" (Radio Guatapurí), propietaria de la Emisora Radial "Radio Guatapurí" de Valledupar, y consisten todos ellos, con excepción de los de la Caja Agraria y los del Banco Ganadero, en contratos de "publicidad" para la mencionada Emisora, de la cual hasta hace algunos dias fué Director el senador ARAUJO NOGUERA.-

Los contratos o negocios celebrados con los organismos oficiales CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y BANCO GANADERO de VALLEDUPAR (Cesar) los ha celebrado de mutuo, o sea pagarés de préstamos de dinero, y los ha celebrado para él como

persona natural, por cierto por altas sumas de dinero aún no pagadas, y algunas de ellas desde la época en que el senador demandado fue Ministro de Agricultura y Gerente de la Caja Agraria".- (folios 28 y 29)

CONDUCTA PROCESAL DEL DEMANDADO:

Dentro del término de ley el Dr. Alvaro Araújo Noguera constituyó apoderado, el cual dió contestación tanto a la demanda como a la corrección de la misma. Con tal motivo propuso la EXCEPCION DE TRAMITE INADECUADO DE LA DEMANDA, sobre la cual, se ocupará la Sala más adelante.

Del Universo que tienen los citados escritos la sala retiene los siguientes apartes:

"8. Con relación a los cargos que se amputan al senador ARAUJO NOGUERA, se tiene que:

a. Su independencia moral para el desempeño de las funciones propias como congresista no ha sufrido disminución alguna por el hecho de haber conformado con sus hijos una sociedad comercial. Se trata, como sin ninguna dificultad se advierte, de una **sociedad de familia** (por tanto, fundada en el amor filial y en el respeto a la autoridad del padre), constituida por el doctor ARAUJO NOGUERA como un mecanismo para administrar **su propio patrimonio** con el concurso de los hijos.

b. Por otra parte, el ejercicio de la representación legal no implica necesariamente, como quieren hacerlo parecer los demandantes el desempeño de "cargo o empleo", para los efectos de la incompatibilidad constitucional. En una sociedad de familia el padre (menos aún si es el gerente) no queda "subordinado" a los hijos socios. La representación legal no implica, necesariamente, vínculo laboral, que pudiera generar por tal motivo relaciones de subordinación y dependencia.

c. En la vida de relaciones privadas pueden presentarse numerosas actividades que podrían confundirse indebidamente con "cargos o empleos privados", si se pierde de vista que la adecuada inteligencia de esta noción para efectos de incompatibilidad, se encuadra dentro de un contexto rigurosamente de Derecho Laboral y de relaciones jurídicas de contenido laboral. Tal es el caso del derecho de representación que asiste a los padres con relación a los hijos menores. En este caso a nadie se le ocurriría

afirmar que el padre ejerce "cargo o empleo privado" de representación de su hijo.

d. Son además significativos los siguientes hechos: la sociedad se constituyó el dia 30 de noviembre de 1988, mucho antes de que entrase a regir la nueva Constitución; en el momento de la constitución y registro de la sociedad, dos de sus miembros eran menores de edad, de quien el doctor ALVARO ARAUJO NOGUERA, como padre, tenía la representación legal; el carácter de sociedad estrictamente familiar, suprimir la posibilidad de que sus relaciones con ella restarán al congresista su independencia, por estar supuestamente subordinado a un interés ajeno (el del patrono), que es lo que realmente quiso evitar el numeral 1 del artículo 180 de la constitución, tanto más si nunca estuvo vinculado el doctor ARAUJO NOGUERA a dicha sociedad mediante contrato individual de trabajo.

9. A todo lo anterior cabe agregar que, debido a la adversidad, los hechos indican que materialmente es imposible que se hubiera configurado la incompatibilidad que se atribuye al doctor ARAUJO NOGUERA. Ocurre que la sociedad de familia "COMASAR LIMITADA", concentró su actividad económica en el cultivo del algodón, con tan mala fortuna que el reiterado fracaso de la iniciativa, por condiciones climáticas desfavorables, llevó a que la sociedad, tempranamente, cesara en el cumplimiento de su objeto social. Esto ocurrió desde mayo de 1991. Se tiene, así, que el desastre algodonero en la costa atlántica,de la cual todo el país guarda amargo recuerdo, desactivó la sociedad "COMASAR LIMITADA".

10. Por otra parte es importante observar que la conducta censurada por el artículo 180 de la Constitución consiste en "desempeñar" cargo o empleo público o privado. La Constitución sanciona, pues, el "desempeño", no simplemente el hecho de estar nombrado en cualquiera de los cargos a que se refiere la incompatibilidad.

El diccionario de la Academia de la Lengua enseña que desempeñar consiste en "... Cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio; "ejercerlos" (subrayo). Nombrar, en cambio, consiste en "... Elegir o señalar a uno para un cargo, empleo u otra cosa". Es por ello que la prueba del nombramiento no es la prueba del desempeño o ejercicio, y que la incompatibilidad a que se refiere el numeral 1 del artículo 180 de la carta no puede considerarse probada con una certificación de la cámara de comercio de Valledupar, donde apenas consta que, con relación al Gerente y Subgerente de la sociedad "COMASAR LIMITADA", "se hicieron unos nombramientos". Múltiples eventos demuestran que no existe equivalencia entre el concepto de ser nombrado (que es lo único

que se prueba con la certificación de la cámara de comercio en mención), y el de "desempeñar", que es el verbo rector del tipo de incompatibilidad creado por la Constitución: una persona bien podría ser nombrada para un cargo público y no aceptar el nombramiento, caso en el cual fue nombrada, pero no desempeño el cargo; o podría ser nombrada para el cargo y aceptarlo, pero no tomar posesión del mismo, caso en el cual tampoco se alcanzó a "desempeñar" el cargo; o podría ser nombrada, posesionarse e inmediatamente quedar incapacitada por enfermedad, circunstancia que de nuevo impide a quien fue nombrado desempeñar el cargo; o, finalmente, el nombrado acepta, se posesiona y lo ejerce por un tiempo para luego no ejercerlo nunca más.

11. La incompatibilidad del numeral 1 del artículo 180 de la Carta no se predica con relación a los congresistas a cualquier época de su vida pasada sino por supuesto, opera únicamente con relación al período en el cual ellos son efectivamente miembros del congreso, como claramente prescribe el artículo 18 de la Constitución: "las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo, y se extienden por un año más, en el caso de renuncia, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Con relación a la situación del doctor ARAUJO NOGUERA se tiene que, por sustracción de materia, debido a la inactividad algodonera en el departamento del Cesar, ya desde mediados de 1991 la sociedad "COMASAR LIMITADA", "se marchitó" y, por tanto, ya no hubo oportunidad fáctica de que el doctor ARAUJO NOGUERA "desempeñara" las funciones de Gerente.

El período constitucional del cargo de Senador que actualmente ostenta el doctor ARAUJO NOGUERA comenzó el 1o. de diciembre, de 1991, conforme a lo dispuesto por el artículo transitorio 3 de la Constitución, y para entonces ya ni siquiera existía en la práctica la infortunada sociedad "COMASAR LIMITADA" y, por supuesto, no cabía la posibilidad de "desempeñar" la actividad de gerente de la misma, el hecho de que en 1988 se hubiera producido en cabeza del doctor ARAUJO NOGUERA su designación como Gerente (época en la cual no regía la incompatibilidad que nos ocupa), no significa que estuviera "desempeñando cargo o empleo público o privado" durante "el período constitucional respectivo", que para el doctor ARAUJO NOGUERA comenzó a correr a partir del 1o. de diciembre de 1991, cuando se instaló el nuevo congreso y él tomó posesión del cargo de senador de la república.

Con relación al tema del conflicto de intereses, la conducta que el artículo 182 de la Constitución prohíbe es la de "participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración" con relación a los cuales el congresista deba inhibirse por consideraciones de carácter moral o económico. Más explícitamente, el artículo 286 de la ley 5 de 1992 hace consistir la conducta prohibida en "participar en los debates o votaciones" en los cuales el congresista tenga interés en la decisión, "porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho".

El registro de intereses privados a que se refiere el articulo 287 de la misma ley es apenas un instrumento de prevención y meramente informativo, que sirve como fuente de información para efectos de recusación en los debates o votaciones. La verdadera causal de pérdida de la investidura, con relación a este tema, se encuentra tipificada en el artículo 182 de la Carta y en el 286 de la ley 5 de 1992, norma que regula su "Aplicación" como claramente indica el título de la disposición.

"El conflicto de intereses" como causal de pérdida de la investidura consiste, según las disposiciones citadas, en participar en el trámite de asuntos que le están vedados por razones éticas, cuando lo procedente era declararse IMPEDIDO, por tener interés directo, en la decisión. De algo así jamás se ha acusado al senador ARAUJO NOGUERA, ni siquiera en la demanda que ha dado origen a este proceso.

Es importante observar, además, que conforme el artículo 288 del Reglamento del Congreso, los congresistas deberán inscribir sus intereses privados en el registro "dentro de los primeros treinta (30) dias del período constitucional, o de la fecha de su posesión". La ley 5a. de 1992 donde esto se dispuso entró en vigencia el 17 de junio de ese año, y ocurre que el senador ARAUJO NOGUERA se posesionó el 1o. de diciembre del año **anterior,** cuando se instaló el nuevo Congreso. Por ello se ha entendido que esta norma ha dispuesto para el futuro, y esa la razón por la cual **en el senado no se ha abierto el libro de registro de intereses privados** al cual se refiere el artículo 287 del reglamento.

Mal podría en consecuencia, haber violado el senador ARAUJO NOGUERA una disposición que no ha entrado en vigencia, ni haber omitido una obligación reglamentaria del Congreso que las autoridades competentes de la Corporación no han comenzado a aplicar.." (fls. 87 a 91).

CONCEPTO DE LA PROCURADORA SEGUNDA DELEGADA:

A folios 233 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que la doctora EDNE COHEN DAZA, procuradora segunda delegada en lo contencioso ante el Consejo de Estado, hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, para lo cual argumenta, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

> "En resumen y concretando lo expresado en la demanda y su adición, los cargos a estudiar son: Violación de los numerales 1) y 4) del art. 180 de la Constitución Nacional.
>
> En relación con el primero de los cargos el demandado aduce en su favor que lo establecido en el numeral 1) del art. 180 no impide a los congresistas formar parte de sociedades comerciales, pues el art. 287 de la ley 5a. de 1992 orgánica del reglamento del Congreso permite incluir en el libro de registros de intereses privados, la **participación** en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares.
>
> El argumento anterior no es de recibo, pues no se puede confundir la participación como socio de una de éstas sociedades, con el desempeño de un cargo o empleo en dicha sociedad.
>
> En el presente caso, como ya se vio, el senador ARAUJO NOGUERA es gerente de la Sociedad Comercial agropecuaria del Cesar Limitada, COMASAR LIMITADA.
>
> Lo que justamente prohíbe la constitución Nacional es el desempeño del cargo o empleo. Por desempeñar se entiende el cumplir con las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio, esto es ejercerlo. En cambió la participación de una sociedad es el simple, hecho de tener parte en esa sociedad.
>
> Trae a continuación una extensa explicación sobre lo que se entiende por empleo público y se refiere igualmente al cargo o empleo privado para lo cual se remite a los elementos que distinguen al contrato de trabajo, para concluir que en el presente caso esos elementos no se dan y en consecuencia no puede interpretarse extensivamente la prohibición.
>
> Lo anterior tampoco es aceptable, pues no se puede ligar la noción de cargo o empleo a la sola definición del contrato de trabajo.

Precisamente como en el caso que se estudia, el cargo de gerente que desempeña el Senador, tuvo su origen en el contrato de sociedad y fue por voluntad de la Junta Directiva de la misma que se le nombró o eligió como gerente y como tal tiene la representación legal de ella, con amplias facultades para administrarla y con funciones para nombrar empleados, celebrar contratos, otorgar garantías prendarias o hipotecarias, autorizar todos los documentos públicos o privados que deba otorgar; dicha sociedad, supervigilar la contabilidad, etc. etc., es decir hacer todo aquello que el ejercicio de ese cargo le imponga.

Afirmar también en su defensa el senador, que la sociedad COMASAR LIMITADA, es una sociedad familiar creada para administrar su propio patrimonio con el concurso de sus hijos.

La anterior afirmación no está probada, y de los extractos del certificado de la Cámara de Comercio, lo único que se sabe es que la Sociedad Comercial Agropecuaria del Cesar Ltda. COMASAR LIMITADA, fue constituida como una Sociedad Comercial Limitada. Nótese que el solo nombre indica esta actividad, de ahí que fué registrada su constitución en la Cámara de Comercio. Su objeto social también nos indica sin lugar a dudas que su actividad es mercantil.

Es cierto que nuestras leyes permiten las sociedades entre padres e hijos (art. 102 C. de Comercio) pero ello no quiere decir, que la sociedad así integrada no deba constituirse siguiendo los parámetros de las categorías o clasificación de las sociedades existentes.

La circunstancia pues de que los integrantes de la sociedad sean familiares entre sí, no cambia en nada la situación, pues de lo que se trata es que el Congresista solamente se desempeñe en las labores del cargo y que lo haga de manera exclusiva, cosa que no puede hacer, si debe anteceder las funciones inherentes al cargo de gerente de una sociedad comercial.

Para el demandado, el carácter estrictamente familiar de la sociedad, hace desaparecer una supuesta subordinación a un interés ajeno que es lo que se quiso evitar con la prohibición del numeral 1) del art. 180 de la Constitución Nacional.

La anterior interpretación es parcialmente cierta, pues además de tener esa intención y evitar una subordinación, también existieron otras razones que inspiraron las prohibiciones en las normas constitucionales. Así puede apreciarse en los apartes del informe ponencia, presentado por la Comisión encargada de elaborar el Estatuto del Congresista en la Asamblea

Constituyente. (Gaceta Constitucional del martes 16 de abril de 1991, páginas 26-27).

BASES CONCEPTUALES PARA LAS PROPUESTAS:

No parece necesario demostrar el inmenso desprestigio del congreso, fenómeno que ha venido aumentando en los últimos tiempos

Elementos como los llamados auxilios parlamentarios, los viajes de congresistas al exterior, el "ausentismo", el desgano demostrado a veces en el estudio y debate de los asuntos a su cargo, la falta de un régimen estricto de inhabilidades e incompatiblídades, han contribuido a corroer de manera grave la imágen de las cámaras legislativas ante el ciudadano común.

Adicionalmente, la frecuente, por no decir permanente, interferencia de intereses particulares o de grupo en la decisión de temas trascendentales para la República.

El Congreso aparece hoy como un órgano ineficiente, desorganizado, vacilante, incompetente, burocratizado, cuyos miembros sólo tienen preocupaciones electorales, incapaz de enfrentar con eficacia los grandes problemas y las inaplazables soluciones de un país que desespera.

Para corregir esta situación será necesario introdurcirle serias y profundas reformas, las que, bajo el nombre genérico de "estatuto del Congresista", forman la presente Ponencia, con los siguientes capítulos:

1. INHABILIDADES:

(...)

2. INCOMPATIBILIDADES:

2.1. OBJETO: Asegurar que el congresista no utilice su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios y crear las condiciones para el mejor desempeño del cargo y para prevenir la acumulación de honores y poderes.

2.2. PLANTEAMIENTO GENERAL: La condición de parlamentario da a las personas que la ostentan, una excepcional capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros del estado y en general sobre quienes deciden los asuntos públicos, que establece condiciones inequitativas de

competencia con el común de las gentes amén que puede llevar a la corrupción general del sector público, porque la rama del poder que debe ser en últimas la responsable de la fiscalización, se compromete con los sujetos de esa fiscalización.

Por otra parte, el congresista debe ser alguien que dedique de manera real su plena capacidad de producción intelectual y su tiempo a las labores propias del parlamento..

(...)

2.3.3. El posible tráfico de influencias que permitiría la investidura parlamentaria, obliga a prohibir también el desempeño de cualquier otro cargo o empleo público o privado pero dejando a salvo funciones públicas ocasionales, transitorias y no remuneradas, que le encomiende el Ejecutivo. En cambio, funciones públicas de carácter permanente o que le den injerencia sobre manejos de dineros del estado o sobre la administración de entidades oficiales, por ejemplo juntas directivas, sí deben quedar excluídas, así fueran sin remuneración.....

Aduce a su favor el demandado, que las circunstancias climáticas desfavorables obligaron a la Sociedad COMASAR LTDA. a tener que cesar en el cumplimiento de su objeto social desde mayo de 1991, actividad que se reducía prácticamente al cultivo del algodón.

El fracaso en el cultivo del algodón a que se refiere el senador ARAUJO NOGUERA, aún en el caso de ser cierto, no puede equipararse a un cese de actividades y menos aún a una liquidación de la sociedad. En primer lugar y atendiendo a lo consignado en el objeto social de la Sociedad, encontramos que su actividad y posibilidad de acción es muy variada. Por otra parte en el registro de la Cámara de Comercio no figura ninguna anotación de la disolución legal de la mencionada sociedad, hecho único que podría tener efecto en relación con el cese de sus actividades.

El demandado distingue entre el desempeño del cargo y el nombramiento. Este último dice, por sí solo no es prueba de que se ejercite o se desempeñe el cargo. Trae a continuación una serie de ejemplos, los que a juicio de este despacho sólo sirven para demostrar lo deleznable que resulta el argumento, pues el Gerente de la Sociedad no requería ningún otro requisito como confirmación, ratificación o posesión, para entrar a ejercer sus funciones. Además si como dice en otro aparte de su defensa, el Gerente ARAUJO NOGUERA era el padre de una sociedad constituida por sus hijos; incluso alguno, de ellos menores de edad, era necesariamente forzoso

su desempeño en el ejercicio de sus funciones para lograr poner en ejecución el objeto social para el cual se constituyó la mencionada sociedad.

Volviendo a los cargos de la demanda y habiendo estudiado y analizado el material probatorio, así como las disposiciones legales y constitucionales pertinentes, tenemos lo siguiente:

El período del Senador ALVARO ARAUJO NOGUERA comenzó el día 1o. de diciembre de 1991 y termina el dia 19 de julio de 1994, según lo establecido en los artículos 1o. y 3o. transitorios de la Constitución Nacional.

"La Sociedad Comercial Agropecuaria del Cesar Ltda. COMASAR LIMITADA", según el extracto de la Cámara de Comercio expedido el 3 de febrero de 1993, visible al folio 21, fue creada por escritura pública No. 3.935 de 30 de noviembre de 1988 de la Notaría única de Valledupar, registrada en la Cámara de Comercio bajo el número 45-66. La duración, de dicha sociedad es de 30 años desde su constitución y como gerente, fue nombrado ALVARO ARAUJO NOGUERA.

El registro aportado, como puede versé, es de reciente expedición y de él se concluye, por una parte que el registro de la sociedad está vigente y que desde su constitución,el gerente ha sido y sigue siendo ALVARO ARAUJO NOGUERA.

Esto último no puede afirmarse, respecto a la otra sociedad de la cual es socio el mismo senador ALVARO ARAUJO NOGUERA, ya que según el extracto del certificado de la Cámara de Comercio expedido en junio 4 de 1993, que aparece anexado al folio 172, la sociedad denominada VALLENATOS ASOCIADOS LTDA, constituida legalmente en marzo 20 de 1988, nombró como Gerente General a ALVARO MUÑOZ VELEZ, en octubre 16 de 1991. En diciembre 29 de 1992 fue nombrada para ese cargo MARIA MERCEDES MOLINA ARAUJO.

Es una verdad incuestionable, que la prohibición del numeral 1) a que nos hemos venido refiriendo, lo que persigue es que el congresista se dedique de manera exclusiva a los deberes de su cargo, procurando además su total independencia, lo que no sería posible al estar vinculado a otro empleo o cargo ya sea público o privado.

Tenemos pues que en el presente caso ha operado la causal 1) de incompatibilidades del artículo 180 de la Constitución Nacional, pues el demandado señor ARAUJO NOGUERA, ha desarrollado conjuntamente

con el cargo de Congresista, el de Gerente de una Sociedad comercial." (Fls. 244 a 251).

No habiendo aceptado la mayoría de la Sala el proyecto de fallo presentado a su consideración por el H. Magistrado doctor Julio César Uribe Acosta, el proceso pasó a conocimiento del Consejero que elabora este nuevo proyecto; y por auto para mejor proveer, dispuso la Sala la práctica de diversas pruebas, las que, recepcionadas en su gran mayoría, serán tenidas en cuenta por la Corporación para la decisión final.

Se procede, en consecuencia, a decidir las peticiones de la demanda, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Previo al análisis de fondo del proceso, es necesario que la Sala decida acerca de la viabilidad de la excepción sobre trámite inadecuado de la demanda que el apoderado del doctor Alvaro Araújo Noguera plantea en la contestación del libelo, y que hace consistir en el desconocimiento por parte del consejo de estado del mandato legal contenido en el artículo 304 de la ley 5a. de 1992 al dar aplicación al artículo 206 del C.C.A., modificado por el artículo 45 del decreto 2304 de 1989, pues para el demandado es claro que

"la voluntad del legislador, expresada mediante ley de especial jerarquía como es la ley orgánica de reglamento del congreso, en el sentido de que la acción pública de pérdida de la investidura se someta a un procedimiento judicial especial que deberá fijar la ley. Es de hacer notar que esta prescripción no rige para cuando la pérdida de la investidura sea solicitada por mesas directivas de las Cámaras, caso en el cual sigue operando el principio general del artículo 206 del Código Contencioso Administrativo sobre trámite".

(...)

"9. En otros términos, lo que el artículo 304 de la ley 5 de 1992 ha dispuesto, es que a la acción pública de pérdida de la investidura no se aplicará el procedimiento ordinario. Tanto porque ya la ley ha señalado que estos litigios se adelantarán mediante un trámite especial, como por la prohibición implícita del procedimiento ordinario a que se hecho mención, ya no se cumplen los presupuestos que permitían aplicar la norma supletoria del artículo. 206 del Código Contencioso Administrativo en materia de procedimiento".

10. Siendo el procedimiento ordinario inadecuado, por contrariar disposición legal expresa, ocurre sin embargo que el juez no tiene la posibilidad de dar a la demanda el trámite que corresponde, porque la ley no ha provisto con relación al trámite especial que la misma ordena. No pudiendo el Juez Administrativo, como ningún otro juez, hacer las veces del legislador, carece de facultad para adelantar y decidir el litigio que nos ocupa.

11. Por otra parte, la prosecución de este proceso bajo las anotadas circunstancias suscita serias dudas sobre la observancia de las garantías constitucionales relativas al debido proceso y demás derechos de naturaleza judicial consagrados en el artículo 29 de la Constitución, tales como el juzgamiento "conforme a leyes prexistentes", "ante el juez o tribunal competente", y "con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"."

En relación con lo anterior, la Sala reitera los criterios jurísprudenciales precisados en las sentencias de la corporación de fechas 8 de septiembre de 1992, expediente AC-175; y 10 de agosto de 1993, expediente AC-678, en las cuales se fijó de manera inequívoca no solamente la competencia del Consejo de Estado para conocer, y adelantar los procesos sobre pérdida de investidura de los congresistas, si que también para rituarlos conforme al proceso ordinario contencioso a falta de un procedimiento especial determinado en la legislación vigente.

Ahora bien, como es verdad irrecusable qué dicha ley aún no ha sido expedida, el procedimiento que debe observarse es precisamente el señalado en el artículo 206 del C.C.A., modificado por el artículo 45 del Decreto 2304 dé 1989, habida consideración a que el conocimiento de esta clase de juicios le está atribuido al Consejo de Estado y es a ésta Corporación a la que corresponde decidirlos, cumpliendo en esa forma con la función pública de administrar justicia.

Para la sala, la aplicación del procedimiento ordinario en el trámite de los procesos de pérdida de investidura, no constituye una violación o desconocimiento del debido proceso, pues su observancia es el fruto de un mandato legal, de una previsión del legislador para suplir la falta de un procedimiento especial expreso, que asegura, una debida, adecuada y eficiente administración de justicia.

Por tales razones, la excepción no prospera.

LA CUESTION DE FONDO:

Plantea el actor como razones de su solicitud sobre pérdida de la investidura del senador Alvaro Araujo Noguera, tres situaciones fácticas

constitutivas. de violaciones al régimen de conflicto de intereses y de incompatibilidades de los congresistas.

La primera, se fundamenta en la omisión por parte del senador Araujo Noguera de haber consignado la información correspondiente a sus actividades privadas en el libro de registro de intereses del Senado, por lo que, en entender del demandante, se desobedeció el mandato contenido en los artículos 182 de la Constitución Nacional y 286 a 295 de la ley 5a. de 1992, relativos al conflicto de intereses.

La segunda hace referencia al desempeño del senador como gerente de la sociedad "COMERCIAL AGROPECUARIA DEL CESAR LIMITADA" "COMASAR LTDA", durante el ejercicio de sus funciones parlamentarias, incurriendo por tal razón en la incompatibilidad señalada en el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional que prohíbe "DESEMPEÑAR EMPLEO PUBLICO O PRIVADO"; y

La tercera, se apoya en el hecho de que el doctor Alvaro Araujo Noguera, siendo Senador de la República, celebró contratos y gestionó negocios con entidades públicas oficiales y semioficiales

> "... en su condición de persona natural ó como gerente, representante legal o socio de la sociedad cuya razón social es "VALLENATOS ASOCIADOS" (Radio Guatapurí), propietaria de la Emisora Radial "Radio Guatapurí"; de Valledupar, y consisten todos ellos, con excepción de los de la Caja Agraria y los del Banco Ganadero, en contratos de "publicidad" para la mencionada Emisora, de la cual hasta hace algunos días fue director el senador ARAUJO NOGUERA.-
>
> Los contratos o negocios celebrados con los organismos oficiales CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y BANCO GANADERO de Valledupar (Cesar) los ha celebrado de mutuo, o sea pagarés de préstamos de dinero, y los ha celebrado para él como persona natural, por cierto por altas sumas de dinero aún no pagadas, y algunas de ellas desde la época en que el Senador demandado fue Ministro de Agricultura y Gerente de la Caja Agraria".- (folios 28 y 29).

En el mismo orden, se procede al estudio correspondiente:

PRIMER CARGO.- Omisión de la inscripción del senador Alvaro Araujo Noguera en el libro de registro de intereses privados del Senado de la República.

Los artículos que regulan lo concernientes al conflicto de intereses de los congresistas, expresan lo siguiente:

Constitución Nacional.

"Art. 182. - Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Ley 5a. de 1992.

"Art. 286. Aplicación. Todo congresista,, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas".

De la lectura de las normas transcritas se desprende claramente que la omisión reclamada por el actor no está tipificada en las disposiciones que rigen el conflicto de intereses como causal que origine la pérdida de la investidura parlamentaria; pues, como puede observarse en ellas, la prohibición que contienen está encaminada a evitar que los congresistas participen en los trámites, discusión y votación de leyes en que ellos, su cónyuge, compañero o compañera, sus parientes o sus socios tengan interés directo, mas, no a obligarlos al registro de sus actividades privadas en libros cuya existencia y apertura fue decidida con posterioridad a la instalación de las Cámaras. Ello a lo sumo es un elemento de información para el control de la función legislativa y no una específica causal de violación del régimen de conflicto de intereses.

De ahí que al reglamentarse por la ley 5a. el artículo 182 de la Constitución Nacional, se fijará de manera clara el alcance del término participar; al indicar el artículo 286 de la citada ley que dicha participación se entiende referida a la intervención o votación de leyes de interés para el congresista, o para las diferentes personas allí indicadas.

Participar en el sentido lógico y gramatical de la expresión tiene una significación dinámica, activa que se traduce en la ejecución de actos, en el desarrollo de una actividad. Rechaza, por tanto el entendimiento de actitudes omisivas o pasivas. Según el diccionario de la lengua española significa tomar parte, contribuir, conceptos éstos que fueron los tenidos en cuenta por el legislador

al reglamentar el artículo 182 de la Constitución Nacional y determinar en el artículo 286 de la ley 5a. de 1992 que "Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en debates o vocaciones respectivas".

No es pues, según se deja explicado, la simple omisión del registro de la actividad privada del congresista en el libro respectivo lo que estructura la causal de violación al régimen de conflicto de intereses, sino su intervención en los debates y votaciones de leyes respecto de las cuales existan por parte de él, su cónyuge o compañero, o compañera permanentes, sus parientes o socios de hecho o por derecho, interés directo en su adopción.

Ahora bien, como esta última situación no le fué imputada al Senador Alvaro Araujo Noguera, ni de las pruebas aportadas se deduce que haya incurrido en ella, el cargo es impróspero.

SEGUNDO CARGO.- Haber desempeñado simultáneamente el doctor Alvaro Araujo Noguera, los cargos de senador de la república para el período constitucional 1991-1994 y de gerente de la sociedad "COMERCIAL AGROPECUARIA DEL CESAR LIMITADA" "COMASAR LTDA.", por lo que incurrió en la causal de incompatibilidad consagrada en el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional.

De acuerdo a las pruebas allegadas al expediente está establecido que el doctor Alvaro Araujo Noguera constituyó, el 30 de noviembre e 1988, mediante la escritura pública número 3.935 de la Notaría Unica de Valledupar, una sociedad mercantil denominada "Comercial Agropecuaria del Cesar Limitada", con domicilio en Valledupar, capital de $10.000.000 y duración de 30 años, la cual opera bajo la razón social "COMASAR LTDA.", y tiene como objetivo social «la siembra y comercialización de productos agrícolas como algodón, maíz, arroz, caña de azúcar, palma africana, árboles frutales, sus derivados, etc. la cría, levante y ceba de ganado vacuno, porcino, lanar, caballar, aves de corral, y la comercialización de los mismos; la importación, exportación y comercialización de productos agrícolas, ganado insumos para la agricultura y productos veterinarios; la importación, exportación y comercialización en el país de maquinarias agrícolas, implementos, camperos y repuestos para los mismos; y todo acto lícito de comercio.".

También está demostrado que desde la constitución de dicha sociedad, noviembre 30 de 1988, el doctor Araujo Noguera, ocupa y desempeña el cargo

de administrador y representante legal de "COMASAR LTDA." en su condición de gerente de la misma, con las siguientes funciones:

> "ADMINISTRACION: Tendrá un Gerente nombrado por la Junta de Socios para período de cinco (5) años, el cual tendrá un suplente que lo reemplazará en sus faltas accidentales, temporales o absolutas quién será nombrado por la junta de socios. El gerente tendrá las siguientes funciones: Usar de la firma social o razón social, designar al secretario de la compañía, designar empleados para el funcionamiento de la compañía y señalarles su remuneración, constituir apoderados judiciales y extrajudiciales necesarios para la defensa de los intereses sociales, abrir cuentas de áhorros y cuentas corrientes con el registro de a su firma en los bancos o entidades financieras. Ejecutar acuerdos de la Junta de socios, celebrar contratos tendientes a cumplir los fines de la empresa, cuidar los recaudos e inversiones de la empresa, presentar informe de su gestión a la Junta General de socios en sus reuniones y balance general y estado de pérdidas y ganancias de fin de ejercicio, con un proyecto de distribución de utilidades, convocar a la junta general de socios a reuniones ordinarias y extraordinarias, nombrar árbitros, velar por que los empleados cumplan sus deberes, otorgar las garantías prendarias o hipotecarias para el cumplimiento de las obligaciones de la compañía, autorizar con su firma todos los documentos públicos o privados que deba otorgar la compañía incluyendo, pagarés, letras de cambio etc. a favor de entidades bancarias o establecimientos de créditos, supervigilar la contabilidad de la compañía, las demás que le asigne la Junta General de socios y las que por la naturaleza de su cargo le corresponden".

De igual, manera está acreditado que bajo su administración como gerente, la sociedad desarrolló, entre sus varias actividades comerciales, la relacionada con el cultivo de algodón, durante las cosechas correspondientes a los períodos de 1989-1990, 1990-1991, 1991-1992, actividad que según certificación de la "Cooperativa Agropecuaria del Cesar Limitada" (fl.25) fué abandonada "por intenso verano" desde septiembre de 1991, devolviendo la sociedad los insumos que le habían sido suministrados y desafiliándose de la cooperativa.

Igualmente está comprobado que el doctor Alvaro Araujo Noguera se postuló para ocupar el cargo de Senador de la República, resultando elegido por circunscripción nacional para el período constitucional 1991-1994, (fls. 179-180 y 10 cuaderno principal) asumiendo y ejerciendo sus funciones como tal desde el primero de diciembre de 1991 (fl. 169 cuaderno principal).

Sobre tales presupuestos corresponde a la Sala determinar si la simultaneidad de los dos cargos, él de gerente de la sociedad "COMASAR

LTDA." y el de Senador de la República, en cabeza del doctor Alvaro Araujo Noguera, configura, a la luz de los preceptos constitucionales y legales vigentes, una violación del régimen de incompatibilidad de los congresistas que cause la pérdida de su investidura.

Se afirma por el Senador Araujo Noguera que la sociedad de la cual es gerente se constituye con anterioridad a su elección y a la vigencia de la actual Constitución; que la finalidad de su creación fue la de formar una sociedad de familia para administrar su propio patrimonio con el concurso de sus hijos, por lo que no existe subordinación suya, como padre, con los demás socios que son sus hijos; que la representación legal de una sociedad no implica, necesariamente, la existencia de un vínculo laboral ni el desempeño de un cargo; y que, además, "Comasar ltda." cesó en sus funciones por razones de fuerza mayor desde antes de su posesión como Senador, por lo cual no hubo posibilidad fáctica para que pudiera desempeñar simultáneamente con el anterior cargo, el de gerente de la sociedad.

Ahora bien, conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio de Valledupar, obrante al folio 21 del cuaderno principal, la sociedad "Comasar ltda." se constituyó y registró como sociedad limitada, para desarrollar diversas actividades comerciales, una de las cuales es la siembra y comercialización del cultivo de algodón. Se creó entonces, mediante los mecanismos legales adecuados, una persona distinta de los socios que la conformaron sin distinguir en el contrato social, si éstos eran o no familiares entre sí. La finalidad era, y sigue siendo, como en toda sociedad, necesariamente lucrativa, pues está dirigida a la obtención de beneficios económicos para ser repartidos entres los asociados. De lo contrario no se reputaría sociedad mercantil.

Con miras a lograr dicho propósito comercial y desarrollar los objetivos fijados, fué designado como gerente por los socios el doctor Alvaro Araujo Noguera, a quien se le asignaron funciones y atribuciones que aparecen detalladas en el certificado de la Cámara de Comercio, las cuales ejerció desde la fecha misma de su designación. A partir de ese momento entró a desempeñarse como representante legal de la sociedad, asumió las funciones señaladas en el contrato las implícitas en su objeto y las que la ley le atribuye como propias del órgano ejecutor y representativo de la sociedad. Todas ellas, sean de naturaleza activa o pasiva, forman parte de la función que compete realizar al representante y administrador de una sociedad comercial constituyen necesariamente el ejercicio o desempeño del cargo de gerente, puesto que el verbo que lo identifica no puede limitarse a su simple contenido literal o gramatical, sino que representa y debe analizarse dentro de un contexto más amplío y más propio de lo jurídico, en donde la expresión "desempeñar un cargo" significa hallarse una persona en capacidad legal de asumir, cumplir y realizar

las tareas que son inherentes al cargo mismo, sean ellas activas o pasivas, impuestas por la ley, asignadas en el contrato social o derivadas de su objeto.

Desde este punto de vista es lógico deducir que el Senador Araujo Noguera por el hecho de ocupar legalmente el cargo de gerente de la sociedad "Comasar Ltda" y llevar su representación, al tiempo que ejercía las funciones de congresista, se halla incurso en la causal primera de incompatibilidad contenida en el artículo 180 de la Constitución Nacional.

Para la sala es claro que el propósito del Constituyente de 1991 al establecer la prohibición del artículo anteriormente citado, fué el de evitar que los congresistas, proyectaran, amparados en otro cargo, el inmenso poder del Congreso para lograr prebendas y privilegios que serían ilusorias si carecieran de la investidura de parlamentarios; e impedir, de otra parte, la distracción de la ocupación congresional en labores ajenas a tal actividad, con detrimento perjuicio de la función parlamentaria y de su eficacia.

Sobre el particular los constituyentes de 1991 expresaron los siguientes planteamientos, previos a la adopción de la causal.

"2. **INCOMPATIBILIDADES:**

2.1. **OBJETO**: Asegurar que el congresista no utilice su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios y crear las condiciones para el mejor desempeño del cargo y para prevenir la acumulación de honores o poderes.

2.2. **PLANTEAMIENTO GENERAL**: La condición de parlamentario da a las personas que la ostentan, una excepcional capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros del Estado y en general sobre quienes deciden los asuntos públicos, que establece condiciones inequitativas de competencia con el común de las gentes amén que puede llevar a la corrupción general del sector público, porque la rama del poder que debe ser en últimas la responsable de la fiscalización, se compromete con los sujetos de esa fiscalización.

Por otra parte, el congresista debe ser alguien que dedique de manera real su plena capacidad de producción intelectual y su tiempo a las labores propias del parlamento".
"(...)"

2.3.3. El posible tráfico de influencias que permitiría la investidura parlamentaria, obliga a prohibir también el desempeño de cualquier, otro

cargo o empleo público o privado, pero dejando a salvo funciones públicas ocasionales, transitorias y no remuneradas, que le encomiende el ejecutivo. En cambio, funciones públicas de carácter permanente o que le den injerencia sobre manejos de dineros del estado o sobre la administración de entidades oficiales, como por ejemplo juntas directivas, si deben quedar excluídas, así fueran sin remuneración. (Gaceta Constitucional 16 de abril de 1991 págs. 26-27).

Estas reflexiones de los Constituyentes, reafirman a la sala en la tesis de que para que un congresistas incurra en la causal primera del artículo 180 de la Constitución Nacional, basta que asuma legalmente el cargo o empleo público o privado, es decir, que está potencialmente habilitado para desempeñarlo, pues es la posibilidad de su ejercicio el presupuesto jurídico que determina la prohibición.

En el caso *sub-lite* la gerencia que desempeña el Senador Araujo Noguera le implica, de un lado como administrador, él manejo, dirección y gobierno de los bienes y negocios de la sociedad "Comasar Ltda." y de otro como su representante legal, la ejecución de la voluntad social y la defensa de sus intereses con posible afectación de bienes de terceros y de la sociedad misma.

En este orden de ideas, es evidente que el Senador Alvaro Araujo Noguera violó el régimen de incompatibilidades de los congresistas, por lo que el cargo ha de prosperar.

La circunstancia de que la sociedad que gerencia hubiese; sido constituida antes de su elección y posesión como Senador y de la fecha en que entró a regir la Constitución de 1991, en nada demerita lo expuesto, ya que las normas que regulan la conducta materia de juzgamiento no hacen distinción alguna entre cargos ocupados antes o después de la elección de parlamentarios o de vigencia de la actual Carta, sino que se limitan a señalar la incompatibilidad, y en estas condiciones su aplicación es inmediata, debido a que las normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades rigen a partir de su expedición por estar dirigidas a preservar la moralidad pública (art. 18 Ley 153/87).

Tampoco es de recibo para la sala que por el hecho, no comprobado, de que la sociedad "Comasar Ltda." se hubiera constituído por el doctor Araujo Noguera y sus hijos, ésta pierda su fisonomía comercial y deje de regirse, total o parcialmente, por las normas del C. de Comercio. Si bien ha de tenerse en cuenta que este estatuto da validez a las sociedades constituidas entre padres e hijos, no por ello las sustrae de su normatividad, ni les cambia su estructuras esencial, en virtud de la cual, los asociados, todos, son considerados en pie de

igualdad, sin que exista subordinación alguna entre ellos, lo cual les da, en principio, vocación para administrar los bienes sociales.

Pero esta facultad que inicialmente es común a todos los socios, deja de serlo y se traslada a otra persona, cuando aquellos deciden, en desarrollo y ejecución del contrato social, designar gerente o administrador y señala las atribuciones y funciones. En este caso es obvio que entre la sociedad y el gerente o administrador nombrado, se origina una vinculación que, si bien no es laboral, algunos la asimilan a la representación del artículo 832 del Código de Comercio y otros a la preposición del artículo 1332 *ibídem*, crea una situación de dependencia entre ellos que se manifiesta en el desarrollo por parte del gerente o administrador de una actividad para el manejo, dirección y gobierno de los bienes y negocios de la sociedad, que implica, como es apenas natural, el desempeño de un cargo.

Es igualmente inadmisible para la sala el argumento cimentado en el hecho de que no existió posibilidad fáctica de que el senador Araujo Noguera hubiera podido ejercer las funciones de gerente de la sociedad "Comasar Ltda.", por cuanto la actividad algodonero desarrollada por la sociedad fue suspendida con anterioridad a su ingreso al parlamento. En primer lugar debe recordarse que dicha actividad es una, entre las múltiples ocupaciones comprendidas dentro del objeto social de "Comasar Ltda."; y en segundo término es importante destacar que las atribuciones y funciones que tiene y le corresponde cumplir a un gerente, como órgano de ejecución y representación de una sociedad,, no se limitan solamente al cumplimiento de uno solo de sus objetivos, ni cesan con la desaparición o marchitamiento de una de sus actividades, pues la compleja tarea que le corresponde desarrollar, activa o pasivamente, por mandato del contrato social o de la ley, les obliga a continuar en el desempeño de la función, con proyecciones al interior y exterior de la sociedad por la doble condición que, como en el caso *sub-examine*, tiene el gerente como administrador y representante legal de la sociedad, Mirado desde este punto de vista, es lógico concluir que el Senador Alvaro Araujo Noguera al desempeñarse como gerente de la sociedad "Comercial Agropecuaria del Cesar Limitada", violó la prohibición contenida en el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, haciéndose acreedor a la pérdida de la investidura de Senador de la República.

TERCER CARGO.-

Celebración de contratos y gestión de negocios del Senador Alvaro Araujo Noguera, como persona natural, gerente o representante legal de la Sociedad "VALLENATOS ASOCIADOS LTDA." (Radio Guatapuri), con entidades públicas y semioficiales.

Según se desprende de documentos existentes dentro del proceso, el doctor Araujo Noguera, mediante escritura pública número 1547 del 20 de marzo de 1988 de la Notaría Unica de Valledupar, constituyó con personas más, una sociedad comercial con capital de $12.000.000.oo, para la explotación principal de "la industria de la comunicación social especialmente la explotación directa e indirecta por si o por terceros en los negocios de radiodifusión, televisión, prensa, escritura, telecomunicaciones en general y podrá por lo tanto ejercer las actividades de producción, distribución, venta, importación y exportación de toda clase de equipos, instalación y maquinaria e implementos necesarios para la explotación de las actividades propias de la comunicación social en los diferentes aspectos de prensa, radio, televisión y cine. Podrá igualmente ejercitar las acciones de compra venta de bienes rurales y urbanos; la representación de firmas extranjeras y nacionales con la distribución del producto del sector". (Fls. 112 y 172).

Conforme al certificado de la Cámara de Comercio que obra al folio 172, ejercieron el cargo de gerente general de la citada sociedad las siguientes personas:

1.- Alvaro Araujo Noguera, en el período comprendido entre el 20 de marzo de 1988 y el 15 de octubre de 1991;

2.- Alvaro Muñoz Vélez, entre el 16 de octubre de 1991 y el 28 de diciembre de 1992; y

3.- María mercedes molina araujo, a partir del 29 de diciembre de 1992.

Desde la fecha de su constitución, conforme a pruebas allegadas al expediente, la mencionada sociedad celebró con entidades oficiales los siguientes contratos de publicidad:

1.- Corporación Autónoma Regional del Cesar, establecimiento público del orden nacional creado mediante decreto 3451 de 1983, prestación de servicios para la transmisión del programa social MAGAZIN ECOLOGICO, Fecha 3 de abril de 1992. Valor $1.000.000.

Representante de la sociedad: Alvaro Muñoz Vélez (fl.13 Cuaderno de pruebas).

2.- "Instituto de capacitación para Adultos Rosita Dávila de Cuello", establecimiento público de orden departamental creado por ordenanza 07 del 30 de noviembre de 1989. Dos contratos de prestación de servicios: el primero

de fecha 2 de septiembre de 1992 por valor de $1000.000; y el segundo calendario en enero 4 de 1993 en cuantía de $40.000 (Fls. 33 y 35 cuaderno de pruebas).

3.- Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" Regional Cesar, establecimiento público del orden nacional creado mediante decreto 118 de 1957. Contrato No. 046 del 14 de julio de 1992, para la prestación de servicios radiales en el montaje, edición y trasmisión del programa "COLOMBIA ESCUCHA COLOMBIA" y avisos en los noticieros radiales sobre los cursos de formación del SENA, por valor de $550.000 y duración de 5 meses. Representante de la sociedad ALVARO ARAUJO NOGUERA (fls. 39, 40 y 79, 80 cuaderno de pruebas).

4- Fondo Nacional de Caminos Vecinales - Ministerio de Obras Públicas -Regional Cesar. Orden de servicio No. 0251 contenida en el oficio No. 20-0-177 del 11 de marzo de 1991. Valor $18.000 (Fls. 45 a 50).

De los anteriores contratos solo interesan para efectos del estudio de la incompatibilidad propuesta por el demandante, los tres primeros, pues el citado en cuarto lugar se celebró el 11 de marzo de 1991, con anterioridad a la posesión del doctor Araujo Noguera como Senador de la República.

Para la Sala es relevante, al igual que extraño, que en el contrato celebrado entre el SENA y la Sociedad "VALLENATOS ASOCIADOS LTDA." aparezca como representante de esta última entidad el doctor Alvaro Araujo Noguera, quien conforme a los certificados de la Cámara de Comercio de Valledupar obrantes en autos (fls. 112 y 172 del cuaderno principal), no figuraba como tal, por lo que ha de entenderse que obro en dicho contrato como persona natural. Pero, bien sea que haya contratado a nombre propio o en representación de otro, su actuación es injurídica, puesto que desempeñándose como servidor público celebró con un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que como tal forma parte de la, rama ejecutiva del Estado, un contrato de prestación de servicios de publicidad.

Según lo tiene dispuesto el artículo 127 de la Constitución Nacional los servidores públicos están impedidos para "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".

En igual sentido el artículo 180 *ibídem,* expresa en su numeral 2 que a los congresistas les está prohibido celebrar contrato alguno, "por sí o por interpuesta persona" con entidades públicas o con personas que administren tributos, salvo las excepciones que la ley establezca a esta disposición.

De la misma manera, el artículo 282 de la ley 5a. de 1992 al regular el régimen de las incompatibilidades de los parlamentarios, prescribe que, con las excepciones que establezca la ley, los congresistas no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona contrato alguno con las entidades públicas o con personas que administren tributos.

Conforme a las pruebas aportadas al expediente, se demuestra fehacientemente que el doctor Alvaro Araujo Noguera, durante el término en que ha estado investido de la condición de Senador de la República, celebró, unas veces por interpuesta persona, y otras diciéndose representante de la Sociedad Comercial, "Vallenatos Asociados Ltda." contratos de, publicidad con las siguientes entidades oficiales:

1.- Corporación Autónoma Regional del Cesar, entidad del orden nacional contrato por $1.000.000, celebrado el 3 de abril de 1992, con la Sociedad "Vallenatos Asociados Ltda." de la cual el Senador es socio.

2.- Instituto de Capacitación para Adultos Rosita Dávila de Cuello, entidad del orden departamental: 2 contratos por valores de $100.000 y $40.000, celebrados por la Sociedad "Vallenatos Asociados Ltda.", el primero el 2 de septiembre de 1992 y el segundo el 4 de enero de 1993.

3.- Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", Regional Cesar, entidad del orden nacional, contrato por valor de $550.000, celebrado el 14 de julio de 1992 por el Senador Alvaro Araujo Noguera, a nombre de la Sociedad "Vallenatos Asociados Ltda.".

La existencia y celebración de tales contratos llevan a la Sala a dar por establecido que el Senador Araujo Noguera violó el régimen de incompatibilidades de los congresistas por haber incurrido en las causases de incompatibilidad consagradas en los artículos 127 y 180-2 de la Constitución Nacional y 282 de la ley 5a. de 1992, lo cual lo hace acreedor a la sanción de pérdida de la investidura contemplada en el numeral 1o. del artículo 183 de la Carta.

La figura de la interpuesta persona en el sistema de contratación oficial, tiene una singular importancia dentro de los esquemas trazados por el Constituyente para la moralización del país y en particular del congreso. Su prohibición persigue erradicar las viejas y tortuosas prácticas que han desnaturalizado la función parlamentaria y que han hecho de su ejercicio un medio fácil de beneficio personal.

Tal utilización en las transacciones en que el estado actúa como sujeto contractual, conlleva el ocultamiento del verdadero celebrante en los contratos,

embazándolo para disfrazar el real propósito que lo motiva al realizar la transacción y que, obviamente, está dirigido a la obtención de un beneficio personal para el congresista, mediante el empleo de medios que le son vedados por la ley, y que se ocultan a través de la utilización sutil y engañosa de un testaferro, el cual puede estar constituído bien por una persona natural o por una persona jurídica.

Para evitar esta forma falaz de contratación, el constituyente como el legislador prohibieron a los parlamentarios celebrar, salvo las excepciones de ley, contratos con las entidades del Estado mediante la utilización de otra persona como sujeto contractual, e incluyeron este impedimento en normas que, según criterio de la H. Corte Suprema de Justicia que la Sala comparte, no solo se refieren

> "...a que aquella no se pueda efectuar a través de un apoderado, pues la expresión es tan genérica que incluye cualquier forma de intervención de quien ha sido elegido en la rama legislativa. Por lo tanto, la incompatibilidad que se comenta, surge cuando tras el contratante se encuentran los intereses del congresista...
>
> Ahora bien, el intermediario para la contratación no necesariamente ha de ser una persona natural, también puede serlo una persona jurídica, la cual, evidentemente, como lo afirma el inculpado, es una persona ficticia distinta de las naturales, lo que no descarta que actúe en esa condición. Y de hecho siempre lo hace, pues no puede desconocerse que el contrato de sociedad tiene como finalidad el beneficio de sus socios..." (Auto, noviembre 19 de 1992, M.P.Dr. Saavedra Rojas).

De estas reflexiones, surge con suficiente claridad que al celebrar la Corporación Autónoma Regional del Cesar, y el Instituto de Capacitación para Adultos Rosita Dávila de Cuello los contratos de publicidad a que se ha hecho referencia con la Sociedad "Vallenatos Asociados Ltda.", ésta última realizó dichas transacciones como interpuesta persona, en negociaciones que beneficiaron los intereses económicos del senador Alvaro Araujo Noguera, socio mayoritario de la citada sociedad. En tal virtud el citado Senador violó el régimen de incompatibilidades de los congresistas.

En igual infracción incurrió al contratar con el SENA, como representante de la sociedad "Vallenatos Asociados Ltda.", la publicidad por valor de $550.000 a que alude el contrato 046 de julio 14 de 1992, habida consideración a que el artículo 127 de la Constitución Nacional prohíbe a los servidores públicos, y los congresistas lo son conforme a la definición del artículo 123 *ibídem*, "celebrar,

por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas" (subraya fuera de texto).

De acuerdo a lo expuesto, a la Sala no le cabe duda de que el doctor Alvaro Araujo Noguera, en su calidad de Senador de la República, violó el régimen de incompatibilidades de los congresistas por infracción de los artículos 180-2 y 127 de la Constitución Nacional y 282 de la ley 5a. de 1992, por lo que el cargo debe prosperar.

Ahora bien, como de acuerdo al parágrafo 2o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, incurre en causal de mala conducta el funcionario público que celebre, contrariando la ley, contratos con los congresistas, habrá de disponerse poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación la comisión de tales hechos a fin de que se adelante la investigación disciplinaría correspondiente.

En relación con los contratos de mutuo celebrados por el Senador Araujo Noguera con entidades crediticias oficiales de valledupar y Santafé de Bogotá, la sala no encuentra que dicha situación contraríe el régimen de incompatibilidades del Congreso, por cuanto esta clase de transacción,esta concebida como excepción en el numeral 4o. del artículo 283 de la ley 5a de 1992, que es del siguiente tenor:

> **"Art. 283. Excepción a las incompatibilidades.** Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:
>
> (...)
>
> 4. Usar los bienes y servicios que el estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.
>
> (...)

Es claro entonces para la Sala que las operaciones bancarias, como préstamos o créditos, cuentas corrientes, depósitos, giros, etc. que los bancos oficiales ofrecen a su cliente y a la ciudadanía en general, quedan comprendidas bajo la denominación genérica de "servicios que el Estado ofrezca, en condiciones comunes a los que solicitan tales bienes y servicios", y no constituyen, por tanto, incompatibilidad alguna. Por consiguiente, el cargo que se imputa al senador Alvaro Araujo Noguera de haber utilizado los servicios del crédito de la Caja Agraria y del Banco Ganadero así como el de otras entidades crediticias oficiales, es inane.

Como con posterioridad al registro del proyecto de esta providencia se remitió por la Secretaría a este Despacho un memorial del doctor Araujo Noguera otorgando poder al abogado Jaime Araujo Rentería, y un escrito de éste último anunciando la remisión de copias de las respuestas enviadas a la Corporación por la Gobernación del Departamento del Cesar, el Servicio de Salud del Cesar, el Banco de Bogotá y Comercio, y el Banco de Occidente, se hace indispensable precisar, al respecto, lo siguiente:

En cuanto al primer pedimento, se reconocerá personaría para actuar al nuevo apoderado designado por el doctor Araujo Noguera; y en relación con los documentos que se, afirman fueron anexados, éstos, a excepción del relativo al certificado de la Cámara de Comercio de Valledupar, no fueron adjuntados, por lo que carece de veracidad tal afirmación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un todo de acuerdo con su Colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- No prospera la excepción sobre trámite inadecuado de la demanda propuesta por el señor representante judicial del demandado.

2o.- Decrétase la pérdida de investidura como Senador de la República del doctor ALVARO ARAUJO NOGUERA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 2.854.046. de Bogotá.

3o.- Remítase copia de los contratos y demás documentos obrantes a los folios 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39 y 40 del cuaderno de pruebas, a la Procuraduría General de la Nación a fin de que adelante, si lo estima pertinente, la investigación disciplinaria correspondiente contra los funcionarios que, a nombre del Estado, suscribieron las transacciones comerciales contenidas en los citados folios.

4o.- Reconócese personería para actuar en el presente proceso, a nombre y representación del doctor Alvaro Araujo Noguera al doctor Jaime Araujo Rentería, portador de la tarjeta profesional No.19882 del Ministerio de Justicia, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Con la constitución de nuevo apoderado se entiende terminado el poder otorgado al doctor Augusto Hernández Becerra.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ Y JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- Santa Fe de Bogotá.D.C. veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. AC-632. Actor: JOSEF NAMEN GORAYEB

Con toda la consideración que nos merece la decisión mayoritaria de la Sala. registramos a continuación las razones por las cuales no la hacemos nuestra.

El fallo, en todo su universo, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional. Y afirmamos esto, porque la Carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistema de posivitación mixto. En el cual se recogen **VALORES SUPERIORES DEL ORDEN JURIDICO POLITICO CONSTITUCIONAL.** para vivenciar lo cual basta leer el preámbulo de la misma, donde se preceptúa que para fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, se buscará **LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, LA LIBERTAD Y LA PAZ,** dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo.

Al lado de los **VALORES**, la ley de leyes consagra **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES,** a través de los cuales se delimita el marco político, social y económico, que determinan la forma de ejercicio de los **DERECHOS FUNDAMENTALES,** lo mismo que los postulados que deben orientar los poderes públicos (artículo 1° a 10°. de la Constitución Nacional).

Prosiguiendo con el estudio de la escala normativa, vienen luego **CLAUSULAS GENERALES,** que nos sitúan en el campo de un **GRUPO DE DERECHOS FUNDAMENTALES,** que se han positivado con tales en la Carta, cuyo real alcance se remite a la expedición de una ley orgánica (artículos 21, 24, 26, 28, 36, 37, 39, 42, 48, 49 Y 50), para no citar sino algunos.

Hay también, en la Constitución, **NORMAS ESPECIFICAS O CASUISTICAS,** a través de las cuales se proclaman una serie de derechos, sin hacer referencia a **SU POSTERIOR DESARROLLO LEGISLATIVO,** de lo cual se infiere que su sola positivación constitucional configura su real alcance y significación (artículo 14, 22 etc.).

Finalmente, encontramos en el citado estatuto **NORMAS DE TUTELA** que buscan garantizar los **DERECHOS FUNDAMENTALES** (Artículo 86).

A la luz de la anterior jerarquía normativa encontramos que el universo que tiene la normatividad que se recoge en los artículos 179 a 187 de la constitución resulta, en parte sustancial, **INCONSTITUCIONAL,** con la cual nos adherimos a la perspectiva jurídica que enseña que es posible encontrar normas constitucionales que violen la constitución. Entre los doctrinantes se destaca el pensamiento del profesor Antonio E. Pérez Luño, quien enseña:

> "Partiendo de una teoría general de la Constitución, la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de los denominadas **"NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES"** (Verfassungswidrige verfassungsnormen, en la terminología de la doctrina alemana), con lo cual se intenta subrayar **LA PRIMACIA HERMENEUTICA DE LOS VALORES,** hasta el punto de determinar **LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PROPIAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE CONTRADIGAN SU SENTIDO..."**(Los Derechos Fundamentales. Tercera Edición. Tecnos, página 62) (Destacado nuestro).

En este momento del discurso, nos preguntamos: Los **VALORES JUSTICIA, IGUALDAD, y LIBERTAD** no resultan acaso violados por el artículo 179 de la Constitución, que en su numeral 4o. preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas **"QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA...,"** Un ordenamiento positivo **JUSTO** podrá consagrar una sanción de por vida? un ordenamiento **JUSTO** podrá disponer que no se puede ser congresista, porque en un momento dado de la existencia se profirió, en contra del parlamentario, una condena a pena privativa de la libertad?

El valor **IGUALDAD** acaso no se compromete cuando se dispone, en forma muy general, que no podrá ser congresista el que desempeñe cargo privado? a caso no será menester estudiar y definir a la luz de la lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese cargo compromete seriamente la labor del parlamentario? será que éste no puede ser el administrado del edificio en que vive, o el presidente de la junta del colegio, donde estudia sus hijos?

Que quiso significar el constituyente cuando le prohibió al congresista **"CELEBRAR CONTRATO ALGUNO"** con las entidades públicas?

El fallo, que no compartimos, se detuvo en el estudio de unos contratos celebrados por la **SOCIEDAD VALLENATOS ASOCIADOS LTDA**. cuyo universo económico invita a la reflexión: El primero por un millón de pesos, los dos siguientes por cien mil y cuarenta mil pesos y el último por quinientos cincuenta mil pesos. La sentencia reconoce que el Doctor Alvaro Araújo Noguera sólo fue gerente por el período comprendido entre el 20 de marzo de 1988 y el 15 de octubre de 1991. pues a partir de este momento, en el tiempo físico, la sociedad **"VALLENATOS ASOCIADOS LTDA"**(Radio Guatapurí), tuvo los siguientes Gerentes:

ALVARO MUÑOZ VELEZ, entre el 16 de octubre de 1991 y el 28 de diciembre de 1992 y María Mercedes Molina Araújo, a partir del 29 de diciembre de 1992. Así las cosas, si el doctor Araújo Noguera no era el Gerente de la citada empresa, cuando se firmaron los contratos, por un millón, cien mil cuarenta mil pesos, por qué causa, motivo o razón se traen a colocación tales actos jurídicos para sustentar el fallo que decreta la pérdida de investidura? Respecto del contrato suscrito con el Sena por quinientos mil.pesos ($500.000.oo) cabria preguntar: Por qué no se aceptan las explicaciones dadas por el apoderado del Dr. Araújo Noguera, cuando en el escrito que obra al folio 355, se afirma que el referido acto jurídico fue firmado por éste mucho antes de ser elegido parlamentario? Acaso no es práctica usual en la contratación que el contratista firma el proyecto de negocio jurídico en un momento histórico dado, y luego la administración lo suscribe, con posterioridad, en otro muy distinto? Por qué no se manejó la presunción de buena fe? Acaso la presunción de inocencia no es un **DERECHO FUNDAMENTAL**?

El proceso orientado a decretar la pérdida de la investidura no puede convertirse en una cacería de brujas. Tampoco se puede manejar la ilusión de que montando sentencias de condena sobre contratos con una cuantía de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.oo), se va a moralizar el País. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Ello demandada del juez gran ponderación y esfuerzos

superiores para no fallar bajo los efectos de los **PREJUICIOS SUBLIMINALES.**

Nos preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de la investidura prevalezca la escuela de la exégesis, el dogmatismo, la creencia muy generalizada de que el derecho es norma y nada más que norma. Manejando esta perspectiva jurídica se pueden cometer muchas injusticias. Esta verdad jurídica lleva al jurista Karl Larenz a enseñar:

> "En el curso del siglo XIX, la dogmática degeneró en un conceptualismo estrecho, que constituyó un serio obstáculo para la evolución de la jurisprudencia y del mundo del comercio jurídico. Ello hizo nacer reacciones de diferente signo contra el **"positivismo jurídico"** y el **"positivismo legal"** términos con los cuales la mayor de las veces entendemos sólo una sobre valoración de la ley y de la dogmática orientada hacia la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la institución de lo que ESSSER ha llamado una profundización en las posibilidades de la evidencia que existen en la valorización predogmática"** (Derecho Justo. Editorial Civitas. Página 25).

La preocupación que confesamos nace del respeto que nos merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho nos merece la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa, y aplicación mecánica de la norma. En un país enfermo de envidia y manejado en muchas de sus áreas ciudadanas por el **"rumor"** o el **"chisme"**, se impone el máximo de prudencia jurídica. Si se entiende por régimen democrático - como lo enseña **Norberto Bobbio** - "...el conjunto de reglas de procedimiento para la reformación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados", se debe tener mucha cautela al decidir romper el marco inicial que el pueblo se dio para la toma de tales decisiones. Haciendo nuestras, las palabras del citado maestro y filósofo, nos resistimos a contribuir, en casos como el presente, a destruir nuestra democracia "...siempre frágil, siempre vulnerable, corrompible y a menudo corrompida, para hacerla perfecta". No nos seduce la acción de aquellos que ....." tomando la imagen **Hobbesiana,** se comportan como las hijas de **Pelias**, que despedazaron a su viejo padre para resucitarlo..." (El Futuro de la Democracia. Plaza Janes. 15 y s.s.).

Nos apartamos también de la sentencia cuando avala la tesis de que el simple nombramiento como Gerente de una sociedad amplia el **"DESEMPEÑO DE UN CARGO"**. En este particular, reiteramos la perspectiva jurídica que

se recogía en la ponencia inicial presentada por el Dr. Julio César Uribe Acosta, que no fue aceptada por la Corporación, en la cual y en lo pertinente se lee:

> "...la Sala encuentra de recibo la perspectiva jurídica que maneja el apoderado de la parte demandada cuando concluye que su poderdante, en puridad de verdad, no ha desempeñado el cargo de Gerente, tomando apoyo en la definición que el Diccionario de la Real Academia de la lengua trae del alcance del citado verbo, que no es otro que: "**CUMPLIR LAS OBLIGACIONES INHERENTES A UNA PROFESION, CARGO U OFICIO:EJERCERLOS**" (Vigésima Edición. 1984. Tomo I. pág 471). Y se predica lo anterior, porque en el caso **sub-exámine** no hay prueba alguna que acredite que el demandado haya distraído el tiempo que debe dedicar a sus labores en el Congreso de la República, en tareas propias de la sociedad de la cual es Gerente. La circunstancia de que el escrito que obra al folio 55 del Cuaderno N° 1 le haya manifestado a la Juez Primero Civil que el vehículo que fue decomisado por el DAS no era de propiedad de la firma "COMASAR" sino de la señora Emelina Araújo Noguera no puede dar pie para concluir que EJERCIO el cargo, pues lo que hizo, ni más ni menos, fue poner de presente que el citado bien pertenencia a un tercero con lo cual se limitó a determinar el verdadero dueño del bien. Del acervo probatorio no se vivencia que el Dr. ALVARO ARAUJO NOGUERA haya empleado su tiempo en atender actividades orientadas a la siembra y comercialización de los mismos.
>
> "A todo lo anterior se agrega que la sociedad "COMERCIAL AGROPECUARIA DEL CESAR LIMITADA" tiene un Sub-Gerente, que lo es el señor SERGIO RAFAEL ARAUJO CASTRO. Realidad que deja la vía abierta para que éste lo supla en las faltas accidentales. Temporales o absolutas, como se lee en la escritura No. 3935 del 30 de noviembre de 1988.
>
> "Las causales que permiten decretar la pérdida de la investidura tienen que ser estudiadas por la magistratura a la luz de la lógica de lo razonable, y con prudencia jurídica, pues de lo contrario se corre el riesgo de que se pero en especial que aquellas que pueden encerrar un peligro para el buen acierto en el juicio. Por ello Carlos Ignacio Massini, en su obra "La Prudencia Jurídica" enseña:
>
> "Consiste por lo tanto en la aptitud de discernir y entrever los riesgos que, para la recta dirección de la conducta, se encierran en la multiplicidad de

circunstancias que rodean a cada situación que exige una solución justa" (Obra citada. Abeledo Perrot. pág. 83).

Con toda consideración.

Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta,

ACLARACION DE VOTO DEL DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente No. AC-632.Actor: JOSEF NAMEN GORAYEB

No obstante compartir la decisión adoptada en el proceso de la referencia, me aparto de algunas de las consideraciones expuestas en ella en relación con los cargos segundo y tercero formulados por el solicitante de la pérdida de la investidura del Senador Dr. ALVARO ARAUJO NOGUERA.

En primer lugar, y en cuanto hace relación al segundo cargo, he considerado, al igual que otros distinguidos colegas, que no todo empleo o cargo que se desempeñe en el sector privado debe dar lugar a la pérdida de la investidura de congresista. Se necesita que la labor, tarea o función que corresponda a dicho cargo o empleo, impida que el congresista "dedique de manera real su plena capacidad de producción intelectual y su tiempo a las labores propias del parlamento", o que el congresista en ejercicio del cargo o empleo privado "utilice su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios" para su empresa, patrono, etc., como se expresó por los constituyentes de 1991 en el aparte que se transcribe en las páginas 32 y 33 de la sentencia, y no cargos y empleos transitorios, ocasionales y no remunerados, como aquellos que a titulas de a titulo de ejemplo se han puesto, como el miembro de la Junta Directiva en un club social, el de miembro de una Junta de Propietarios Asesora de Administrador de un Copropiedad, etc.

En relación con el tercer cargo, comparto totalmente los planteamientos del señor concejero Dr. Delio Gómez Leyva en su aclaración de voto, además de que debe observarse que, hasta ahora, la posición del Consejo de Estado ha sido la que del contrato estatal que determine la inhabilidad o la incompatibilidad,

debe haber sido celebrado por el elegido en nombre propio y como representante de otra persona, natural o jurídica que contrató con el Estado, salvo que se establezca que la persona jurídica se constituyó para eludir el régimen de inhabilidades o de incompatibilidades, es decir, para servir de testaferro.

En síntesis, que no basta que el elegido o el congresista en ejercicio sea socio de una persona colectiva o moral, para que se de la inhabilidad para ser elegido congresista, o que el congresista en ejercicio viole el régimen de incompatibilidades que determine la pérdida de su investidura pues si así fuera no cabrían excepciones establecidas por la ley, ya que de todos modos cualquier contrato que celebre una persona jurídica favorece o afecta los intereses económicos de cada uno de los socios que la integran .

Con la debida atención,

Miguel González Rodríguez

Fecha *Ut Supra.*

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Santa Fe de Bogotá, D.C.,veintiocho (28)de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. AC-632 Actor: JOSEF NAMEN GORAYEF

Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Con el respeto acostumbrado para con la Sala y para con los doctores Ernesto Rafael Ariza, Carlos Betancur Jaramillo y Carlos Orjuela Góngora, me ADHIERO a los puntos de vista expuestos por estos colegas, que en síntesis, son los mismos expuestos por mi durante el debate en Sala Plena.

Cordialmente.

Daniel Suárez Hernández

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

No obstante compartir de decisión mayoritaria, en cuanto estimó probado el tercer cargo formulado para solicitar la pérdida de la investidura de senador del Dr. Alvaro Araujo Noguera, en el curso del debate me permití llamar la atención de la Sala acerca de los alcances de la causal de incompatibilidad prescrita en el Numeral 2°. del art. 180 de la Constitución Política.- En efecto, el carácter de socios o asociado de una persona colectiva o moral no puede dar lugar a considerar que cualquier gestión de asuntos ante las entidades públicas o la celebración con ellas de contrato alguno, deba entenderse como causal de incompatibilidad de aquel para seguir siendo congresista.-

Es indispensable, en primer término, determinar en cada caso la naturaleza de la gestión o contrato, por cuanto no todo contrato o gestión que la empresa realiza implica provecho económico para sus asociados.- Y, en segundo lugar, salvo que aparezca evidente que la sociedad se constituyó como interpuesta persona para que su asociado pudiera continuar negociando con las entidades públicas, debe rechazarse la posibilidad de dar probado el cargo por el solo hecho de tener la calidad de socio, a menos que participe personalmente en la gestión o contratación.- De otro modo se desdibuja el carácter de persona jurídica distinta de los socios que confiere la ley a la sociedad comercial (Art. 98 del C. de P.C.), al atribuir todos los actos de esta a su asociado.-

Santa Fe de Bogotá D.C., enero 20 de 1994.

Amado Gutiérrez Velásquez

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Aún cuando estoy de acuerdo con la decisión adoptada con el caso *sub-judice*, me aparto sin embargo de algunos aspectos de la motivación del fallo referentes al segundo y tercer cargo.

En cuando respecta al segundo cargo considero que no existe prueba en el proceso de que el senador Alvaro Araújo Noguera hubiera incurrido en la incompatibilidad prevista en el artículo 180 numeral 1°. de la Carta, esto es, haber desempeñado simultáneamente con el cargo de senador el de Gerente de Comercial Agropecuaria del Cesar Limitada "COMASAR LTDA".

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, estimo, que para que se configure esta causal no basta que aparezca inscrito en la Cámara de Comercio como Gerente un congresista, sino que se requiere, conforme dice la norma, "desempeñar cargo", vale decir, cumplir las obligaciones propias del mismo, ejercitarlas. En el expediente brilla por su ausencia dicha prueba y, por el contrario, consta que la aludida sociedad comercial abandonó sus actividades desde Septiembre de 1991, esto es, antes de que el senador Araújo entrara a desempeñar sus funciones públicas.

En lo concerniente al tercer cargo considero que las causales de pérdida de investidura de los congresistas son taxativas y, por consiguiente, de interpretación restrictiva. Por tal razón estoy en desacuerdo con la referencia que se hace al artículo 127 de la Carta, pues estimo que la causal de incompatibilidad es la prevista en el numeral 2o. del artículo 180 *ibídem*, y es la de celebrar contratos, por si o por interpuesta persona, con las entidades públicas o las personas que administren tributos.

Respecto con los contratos celebrados con la corporación autónoma regional del Cesar y el instituto de capacitación para adultos Rosita Dávila de cuello que obran a folios 13, 33 y 35 del cuaderno de pruebas y a que se alude a folio 38 del fallo, solo aparece que hubiera sido celebrado el primero por Alvaro muñoz Velez como representante legal de vallenatos asociados ltda y que se hubiera dado la orden a radio Guatapurí respecto a los otros dos. no aparece prueba alguna que permita afirmar que la saciedad vallenatos asociados limitada acudió a través de su gerente como testaferro o intermediario del señor araújo noguera no creo que la sola circunstancia de que este sea socio de dicha persona jurídica permita tener a esta como interpuesta persona del congresista. No se requiere, a mi juicio, que aparezcan pruebas de que el hizo gestiones y estas fueron la causa eficiente para la celebración del contrato.

En los demás aspectos de la motivación, comparto las consideraciones de la mayoría de la sala.

Fecha *Ut Supra*

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Referencia :Expediente No. AC-632 Actor: JOSEF NAMEN GORAYEB

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

En primer termino, el art. 183 de la C.N. Atribuye la competencia para dictar el decreto de perdida 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 atribuyo la competencia en mención al consejo 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 perdida de investidura deberá producirse dentro de un termino veinte días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulado por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano (art. 183).

Esta disposición aparece repetida en 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 termino previsto por la constitución y la ley.

Por su parte la ley 5ª de 1992 en el mismo articulo citado prevé que "la ley fijara el procedimiento especia judicial correspondiente a la acción publica de perdida 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 el 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 termino previsto en la constitución nacional.

De los señores consejeros,

Miren de la Lombana de Magyaroff

Fecha *Ut supra*

ACLARACION DE VOTO DEL DR. DELIO GOMEZ LEYVA

Santa Fe de Bogotá D.C., doce (12) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. AC-632 Actor: JOSEF NAMEN GORAYEB

Consejero Ponente : *Doctor Miguel Viana Patiño*

No obstante compartir la decisión de fondo, me aparto de las consideraciones que en el tercer cargo hacen relación a la prohibición que consagra para los congresistas el numeral 2° del artículo 180 de la carta.

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades publicas o ante las personas que administren atributos ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por si o por supuesta persona contrato alguno, la ley establecerá las excepciones a esa disposición.

En efecto, el afirmar que al celebrar contratos de publicidad la sociedad "Vallenato Asociados ltda" con la Corporación Autónoma del Cesar y el Instituto de Capacitación para Adultos Rosita Dávila de Cuello, aquella fue utilizada como interpuesta persona para realizar operaciones que beneficiaron a su socio mayoritario, Dr. Alvaro Araujo Noguera, tal afirmación se aleja de lo previsto en el ordenamiento jurídico propio de las sociedades mercantiles, ya que a términos del artículo 98 del Código de Comercio, "la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

Ciertamente, cuando la ley confiere personalidad jurídica a la sociedad,

estamos frente a un sujeto dotado de los atributos propios para adquirir derecho y contraer obligaciones, lo cual tiene como efecto en el escenario jurídico. de que ellos y estas, se radican en cabeza de su titular, vale decir, le son propios, esto es, pertenecen al sujeto, el denominado sociedad, sin poderse afirmar, salvo prueba en contrario, que las relaciones jurídicas realizadas para o por el sujeto, hayan sido efectuadas para efectuar positiva o negativamente, la órbita patrimonial de alguno de los asociados.

No. La personalidad jurídica torna al contrato de sociedad en nuevo sujeto, el cual es independiente y distinto de sus socios, razón por la cual los derechos y las obligaciones que adquiere le pertenecen; no es posible, por tanto, atribuir tales derechos y obligaciones a las asociadas o a algún asociado en particular. Para que lo anterior fuera posible, sería indispensable que existiera previo pronunciamiento sobre desconocimiento de la personalidad jurídica como se consagra en algunas legislaciones para remitir el "abuso de la personalidad jurídica", o el manipuleo de esta por los asociados para fines no requeridos por el legislador, doctrina de un gran auge en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, o sea, la del allanamiento de la personalidad jurídica cuya denominación corriente es la del "disgregard of legal entity", que en nuestro medio en materia de concordatos-D.L. 350 de 1989,- se consagra para reprimir conductas realizadas en fraude a los acreedores.

Con el debido respeto.

Delio Gómez Leyva

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ALVARO LECOMPTE LUNA

EN EL FALLO CALENDADO A PRIMERO (1°) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993), APROBADO POR LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO EN SESION DE TREINTA (30) DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO - RADICADO No. AC-632- ASUNTOS CONSTITUCIONALES- (PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA DEL SENADOR ALVARO ARAUJO NOGUERA) - DEMANDANTE: JOSEF NAMEN GORAYEB

Muy respetuosamente, no comparte el suscrito la decisión ni las consideraciones acogidas por la distinguida e ilustrada mayoría de la Corporación, privada de su investidura de congresista al sanador Alvaro Araujo Noguera. En lo único en que comparte el criterio de la Sala, es en lo atinente al examen del primer cargo que el demandante quiso endilgar al senador Araujo por haber omitido su inscripción en el libro de registro de intereses privados de la aludida alta Cámara del Congreso; el análisis que se hace respecto a ese primer cargo es, en opinión del suscrito, perfectamente ajustado a los alcances de la normas sobre la materia y que consideraciones de la Sala explica satisfactoriamente.

Pero en cuanto atañe al segundo y al tercer cargo, que fueron los que incidieron en que la demanda fuera próspera, disiente por completo quien escribe estas líneas y esa posición suya es la esencia del presente salvamento de voto.

En efecto: el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución prohíbe a los congresistas "desempeñar cargo o empleo público o privado". Obsérvese entonces que lo que se prohíbe es el desempeño, es la dinámica del ejercicio del cargo o del empleo y no el mero hecho o circunstancia de aparecer en una escritura pública como gerente de una sociedad comercial. Lo que se prohíbe, en otras palabras, es la gestión, el desarrollo que el cargo o empleo implican.

De manera pues que esta causal de incompatibilidad surge de la circunstancia de que el desempeño del cargo o empleo público o privado sea efectivo, actual, de tal manera que estorbe el cumplimiento de la tarea legislativa y de las demás funciones que corresponden al ciudadano elegido para integrar el Sanado de la República.

Entonces, si aparece en autos que desde septiembre de 1991 las actividades de la Cooperativa de la cual el doctor Araujo aparece como gerente fueron abandonadas y que, además, solo el 1° de diciembre de ese mismo año comenzó a actuar como senador el ciudadano Alvaro Araujo Noguera, no se ve cómo pueda concluirse que el senador Araujo haya quebrantado el régimen de incompatibilidades, como lo dice el fallo del cual se disiente. Una cooperativa como la que aparentemente gerencia el doctor Araujo es, ante todo una empresa y las empresas han de tener una actividad, algo que esté presente en el desarrollo de su objeto social. Si por razones de fuerza mayor desde antes de su posesión como senador, la cooperativa en cuestión ha dejado de desarrollar sus actividades, es decir la principal de siembra y comercialización del cultivo de algodón, es obvio concluir, en opinión del suscrito, que no hubo desempeño simultáneo del cargo de senador y del cargo de gerente.

Además de lo anterior, resultaría completamente ilógico que el desempeño de cualquier cargo por parte de un congresista fuera incompatible con sus funciones de tal; así por ejemplo, ser director o presidente de un club social o de una junta administradora de un edificio de propiedad horizontal. Por lo tanto, en cada caso particular o específico para concluir si ha habido quiebra del régimen de incompatibilidades ha de examinarse la circunstancia que implica el cargo o empleo que se desempeña.

En cuanto al tercer cargo, o sea de que el doctor Araujo es socio de la compañía "Vallenatos Asociados Ltda" que explota la emisora de radio Guatapurí, el suscrito comparte íntegramente el razonado estudio que hace el señor magistrado Delio Gómez Leyva, pues no se puede confundir las actividades de una persona jurídica con las actividades de los socios individualmente considerados. Afirmar que en la celebración de los contratos de la emisora de radio con la Corporación Autónoma Regional del Cesar y el Instituto de Capacitación para adultos "Rosita Dávila de Cuello", ella fue utilizada como interpuesta persona para realizar operaciones que beneficiaron en últimas a sus socio Araujo Noguera, es desconocer el ordenamiento jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades en general, de que éstas, una vez constituidas legalmente, forman personas jurídicas distintas de los socios individualmente considerados. Sostener que un congresista no pueda ser socio de cualquier sociedad mercantil o civil es demasiado exagerado. Los senadores y representantes continúan siendo personas, miembros del cuerpo social, y por

tanto sería absurdo prohibirles o vedarles la participación en esta clase de entes. La persona jurídica es un nuevo sujeto, independiente y distinto de sus socios y no es posible atribuir sus derechos y obligaciones a quienes estén asociados a ellas. Para determinar que en un caso dado existe un obrar por interpuesta persona, o sea un abuso de la personalidad jurídica, es algo que debe aparecer de manera fehaciente en el caso que se esté juzgado, lo que no ocurre, evidentemente, en el caso de autos.

Por todo lo anterior, estima el suscrito que las pretensiones de la demanda no han debido tener vocación de prosperidad.

Con todo respeto

Alvaro Lecompte Luna

ACLARACION DE VOTO DEL DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente No. AC-632 Actor: JOSEF NAMEN GORAYEB

Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Con todo respeto presento esta aclaración de voto a la decisión mayoritaria de la Sala adoptada el 1° del mes en curso.

Estoy fundamentalmente de acuerdo con la declaración hecha por el señor Consejero Ariza Muñoz, ya que no se probó adecuadamente la causal referente a "desempeñar cargo o empleo público". El ejercicio de cargo privado no se prueba con la escritura social ni con la simple certificación de la Cámara de Comercio correspondiente, sino con otras pruebas que pongan en evidencia el real y efectivo ejercicio del cargo. Además, estimo que por cargo privado, para los efectos aquí previstos, no puede entenderse cualquiera, así sea intrascendente o irrelevante. No; hay que entender que el cargo privado colida en cierta forma con la actividad congresional, no solo por la coexistencia temporal, sino porque pueda presentarse a que ese cargo se vea beneficiado con esa especial circunstancia. Así, no podría aceptarse, por ejemplo, que por el hecho de que el congresista sea el presidente de la junta administradora del edificio en donde vive, estaría inhabilitado para ejercer como senador o representante. En igual sentido habrá que interpretarse con cierta amplitud cuando el cargo ejercido sea en cumplimiento de designación hecha por una sociedad de familia y en la cual se maneje todo o parte del patrimonio familiar.

Comparto la sentencia en cuanto considera, así, que los cargos primero y segundo no resultaron probados. Estimo si que el cargo tercero estuvo bien estudiado.

Casos como el aquí estudiado ponen en presente que, dada la drástica de las causales contemplada en el artículo 183 de la carta, las causales de desinvestidura amerita una reforma y en algunas de ellas ciertas limitaciones temporales. Así, por ejemplo, la pérdida de investidura con efectos de por vida en causales como la segunda y la tercera no tiene sentido ni ponderación. Como también es excesiva en casos como el aquí estudiado.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo

Santafé de Bogotá D.C. diciembre 10 de 1993.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

A LA SENTENCIA DICTADA EL 1° DE DICIEMBRE DE 1993 EN EL EXPEDIENTE No. AC-632 -SOLICITUD DE PERDIDA DE INVESTIDURA COMO CONGRESISTA DEL DOCTOR ALVARO ARAUJO NOGUERA- ACTOR: JOSEF NAMEN GORAYEB-.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aunque compartí lo resuelto mayoritariamente por la Sala en este asunto considero necesario dejar sentadas algunas precisiones, como tuve ocasión de hacerlo en otros eventos similares, a saber:

1°) De suyo, los artículos 179 y 180 de la Carta Fundamental están entrelazados y por ende, cuando el último señala que los congresistas no podrán desempeñar "cargo o empleo público o privado", es menester hacer una distinción semántica y jurídica en lo que hace con estos vocablos. En efecto, el Constituyente del 91 quiso profesionalizar la actividad política congresional; esto es, que quienes ostenten esa calidad de representantes del pueblo dediquen de manera preferente su tiempo y sus esfuerzos al logro de las metas que interesan primordialmente a la comunidad entera. Sin embargo, estas expresiones no pueden significar que de allí en adelante el respectivo Senador o Representante no pueda tomar parte en actividades de tipo gremial, social, científico, altruistas u otras similares, en donde también jueguen un papel preponderante los intereses o fines comunes o generales. Nada obsta para que un congresista pueda ser miembro de u comité o junta de una entidad dedicada a labores filantrópicas; o a una institución científica o gremial como las academias, colegios de profesionales, clubes, etc.; o a que pueda ser designado miembro de la junta administradora del barrio o del edificio en el cual habita con su familia; y en otra clase de organismos donde su

calidad de congresista no tiene ninguna relevancia especial y por consiguiente, no le va a significar disfrutar de prebendas o privilegios, o utilizar su investidura para obtener un provecho económico o comercial de índole particular, lo cual sí sería censurable y contrario a los propósitos del Constituyente.

2° Otra cosa es el desempeño de cargos o empleos de tiempo parcial o completo, en el sector privado o en el oficial, que por sus funciones o sus metas determinen un abandono o descuido por parte del congresista de sus deberes superiores como representante del pueblo, y a través de los cuales pueda invocar su investidura para perseguir o recibir favores, prebendas o beneficios que lesionen su sagrada tarea y deterioren su imagen como agente de la comunidad.

3°) En consecuencia, creo que en la medida en que el congresista ejerza adicionalmente una **"dignidad"** y no propiamente un **"oficio, ocupación o destino"**, empleo público o privado según la Carta, no se hace incurso en una de las causales constitucionales de incompatibilidad. O sea, que si esa dignidad o destino no corresponde a lo que en el sector privado es un verdadero contrato de trabajo y en el sector público una relación legal o reglamentaria, o contractual administrativa con algún organismo oficial, no debe considerarse, - porque ello representaría una injusticia-, que ha transgredido sus deberes o violado las prohibiciones que la Carta Política y la ley le señalan.

4°) Naturalmente, sería interesante y tal vez lo mas conveniente, que el propio legislador se encargue de señalarle el alcance y contenido a estas expresiones -cargo y empleo-, para evitar las confusiones que la ausencia de una definición puede engendrar.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Naturaleza / ACCION PUBLICA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA / INTERVENCION DE TERCEROS

En la acción pública de pérdida de investidura de los congresistas consagrada en la Constitución Política cualquier ciudadano puede intervenir a título de parte o de tercero (coadyuvante o impugnante) sin ser abogado inscrito.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia : Expediente No.AC-1276. Recurso ordinario de súplica
Actor: FERNANDO LUIS MARTINEZ MENDEZ

Se decide el recurso ordinario de súplica oportunamente interpuesto por el apoderado del señor JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES contra el auto de 17 de noviembre del presente año, proferido en Sala Unitaria por el señor Consejero doctor JAIME ABELLA ZARATE, mediante el cual rechazó la contestación de la demanda presentada por el citado senador.

I-. **EL AUTO RECURRIDO**

Para rechazar la contestación de la demanda, se razonó así:

"La contestación a la solicitud de pérdida de investidura presentada por el Senador José Libardo Blackburn Cortés no puede tenerse como tal, por no acreditar su condición de abogado, ni haber sido presentada por

mandatario judicial debidamente constituído."

II- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del demandado expresa su inconformidad con el proveído suplicado aduciendo principalmente lo siguiente:

1o): Si de conformidad con el artículo 184 de la Constitución Política los procesos de pérdida de la investidura pueden incoarse o promoverse por cualquier ciudadano, sin que se requiera para ello, según el texto constitucional, la calidad de abogado titulado, con idéntica calidad ha de contestarse la demanda, si el incriminado así lo prefiere.

2o): La persona más indicada para responder hechos que se le imputan es el demandado porque puede dar testimonio real y fehaciente sobre su propio comportamiento. El apoderado sólo podrá expresar las respuestas que indique el demandado.

3o): No parece razonable ni justo negarle este elemental derecho de defensa al doctor JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES toda vez que las imputaciones que se le hacen dentro de la órbita del Derecho Penal Administrativo -y en este caso se pretende una sanción de carácter permanente (numeral 4o. del artículo 179 de la Constitución Política) procuran una sanción deshonrosa para quien fué consagrado por el voto popular como miembro principal del Honorable Senado de la República.

El derecho de defensa es un todo, desde que se inicia el juicio hasta su culminación. De manera que lesionarlo injustificadamente conllevaría violación manifiesta y expresa del debido proceso.

III- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La providencia suplicada habrá de ser revocada por las siguientes razones:

1-. De acuerdo con el artículo 184 de la Constitución Política, "cualquier ciudadano" está legitimado para solicitar la pérdida de la investidura de los congresistas. Ello significa y así lo ha entendido esta Corporación, que la acción a que da origen dicha solicitud tiene el carácter de pública.

2-. El Decreto Ley 196 de 1971, que es el Estatuto de la Abogacía, en su artículo 25 preceptúa:

"Nadie podrá litigar en causa propia o ajena sí no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este decreto... " (subrayas

fuera de texto).

En concordancia con el anterior precepto, el artículo 28 del mismo Decreto Ley estatuye:

"Por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, en los siguientes casos:

1. En ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes..."(subrayas fuera de texto).

3-. De los textos legales transcritos fluye con claridad que en la acción pública de pérdida de investidura de los congresistas consagrada en la Constitución Política cualquier ciudadano puede intervenir a título de parte o de tercero (coadyuvante o impugnante) sin ser abogado inscrito.

Significa lo precedente que en el caso *sub-exámine* le asiste el derecho al congresista José Libardo Blackburn Cortés de poder ejercer personalmente los actos procesales que le corresponden como parte demandada, como el de contestar la demanda, consideración esta que justifica que se infirme el auto que ordenó el rechazo de dicho medio de defensa, y, que se disponga, en su lugar, que se tenga por hecha en forma oportuna.

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

RESUELVE :

I-. **TIENESE** al doctor HUGO ESCOBAR SIERRA, como apoderado del demandado JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 134.

II-. **REVOCASE** el auto suplicado en cuanto rechazó la contestación de la demanda, y, en su lugar, se dispone: TIENESE por contestada en forma oportuna la demanda por el demandado JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala Plena en Sesión del día 7 de diciembre de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruíz, Miren de la Lombana de Magyaroff,* (ausente)*; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / SUSTRACCION DE MATERIA.

Está establecido en el expediente que, mediante providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo proferida el 5 de octubre, en el expediente AC-500, Actor: Procuraduría General de la Nación y la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, se decretó la pérdida de la investidura de Senador de la República, que ostentaba el Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA. Así las cosas, a juicio de la Sala se presenta en este proceso, una sustracción de materia, respecto del pronunciamiento que debería hacer la corporación, lo cual hace que deba darse por terminado el proceso y así lo declarará la Sala en esta providencia.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá D. C. catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación AC-1110. Pérdida de la investidura del senador doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA

Resuelve la Sala respecto de la solicitud de pérdida de la investidura del senador Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA, presentada por la MESA DIRECTIVA DEL SENADO DE LA REPUBLICA.

EXP. - AC-1110

ANTECEDENTES:

La Mesa Directiva del Senado de la República, en cumplimiento de la proposición No. 10, aprobada en la Sesión Plenaria del 28 de julio, dio traslado al Consejo de Estado "conforme lo establece la Constitución Nacional y el reglamento del Congreso, del informe de la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista, sobre la pérdida de investidura del Senador JOSE RAMON NAVARRO MOJICA".

Mediante auto del 17 de agosto de 1993, se admitió la solicitud con fundamento en el artículo 184 de la anterior Constitución Nacional, según el cual, es el Consejo de Estado el competente para decidir sobre la pérdida de investidura de los congresistas, cuando la solicitud sea presentada, entre otros, por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente.

Contra dicho auto, el Apoderado del Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA interpuso el recurso de reposición, el cual fué resuelto en el sentido de confirmar el auto recurrido.

Como en el mismo memorial en el cual se contestó la demanda y se interpuso el recurso de reposición del auto admisorío, se propuso una nulidad, luego de dársele el trámite pertinente se resolvió, mediante auto del 7 de octubre de 1993, en sentido negativo.

En la oportunidad en que correspondía abrir la etapa probatoria, para atender las peticiones hechas al respecto, tanto por el Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA, a través de su apoderado,como por el Señor Procurador tercero Delegado en lo contencioso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del consejo de Estado, había ya decidido decretar la pérdida de la investidura de Senador que ostentaba el Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA, en providencia del 5 de octubre de 1993, en el expediente AC-500, Actor: Procuraduría General de la Nación.

Teniendo en cuenta la anterior decisión, mediante auto del 27 de octubre se ordenó a la Secretaría allegar al expediente copia auténtica, con constancia de ejecutoria de la providencia en cuestión.

Según el informe de Secretaría, del 5 de noviembre de 1993, que obra a folio 135 del expediente, dicha providencia estaba en proceso de notificación y no estaba ejecutoriada.

En auto del mismo 5 de noviembre, el despacho ordenó que el expediente permaneciera en la Secretaría hasta que la providencia en cuestión quedará

ejecutoriada y luego se diera cumplimiento al auto del 27 de octubre, ya citado, en el sentido de allegar su copia auténtica con constancia de ejecutoria.

La Secretaría dió cumplimiento al auto en cuestión y obra en el expediente a folios 137 y siguientes la decisión proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 5 de octubre de 1993, en el Expediente AC-500, actor Procuraduría General de la Nación, con constancia de que se encuentra Debidamente ejecutoriada. (folio 155).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De conformidad con los antecedentes expuestos, está establecido en el expediente que, mediante providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo proferida el 5 de octubre, en el expediente AC-500 Actor: Procuraduría General de la Nación y la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, se decreto la pérdida de la investidura de Senador de la República que ostentaba el Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA.

Así las cosas, a juicio de la Sala se presenta en este proceso una sustracción de materia, respecto del pronunciamiento que debería hacer la Corporación, lo cual hace que deba darse por terminado el proceso y así lo declarará la Sala en esta providencia.

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

RESUELVE:

1.Declárase terminado el presente proceso por sustracción de materia.

2.Estése a lo dispuesto en la providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el día 5 de octubre de 1993, en el expediente AC-500, Actor: Procuraduría General de la Nación, mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura de Senador de la República al Doctor JOSE RAMON NAVARRO MOJICA.

3. Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese. Cumplase.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro,* (ausente), *Miguel González Rodríguez* (ausente), *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria*

Olcos, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruíz, Miren De La Lombana de Magyaroff, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández (ausente), *Dolly Pedraza de Arenas, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA MYREM DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Referencia: Expediente No. AC-1110 Actor: JORGE RAMON ELIAS NADER Y OTROS

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

En primer termino, 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.

La competencia anterior aparece atribuida al Consejo de Estado en pleno por el Art. 304 de la Ley 5a. de 1992.

En tales condiciones en el presente caso debería 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 perdida de la investidura deberá producirse dentro de un termino no mayor de veinte dias 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 termino previsto por la Constitución y la ley.

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

En tales condiciones es claro que al no existir procedimiento especial para tramitar la solicitud, tampoco por este aspecto puede avocarse el conocimiento, por cuanto no se ha creado el procedimiento para cumplir lo ordenado por la C.N.

Así las cosas, la Sala no podía conocer de las solicitud anterior, como lo hizo.

De los señores Consejeros,

Miren De La Lombana de Magyaroff

Fecha: *Ut Supra.*

SALA DE

CONSULTA

Y

SERVICIO CIVIL

CONTRATO PARA LA ADQUISICION DE MATERIAL PARA GUERRA O RESERVADO - Inexistencia / CONTRATACION DIRECTA / LICITACION PUBLICA / LICITACION PRIVADA

Considera la Sala que la norma reglamentaria al señalar que ha de entenderse por material reservado o de guerra, para efectos de la contratación directa que autoriza el artículo 259 del decreto-ley 222 de 1983, no puede ser interpretada extensiva ni analógicamente. El decreto 0695 de 1983 es claro y no remite a dudas en cuanto a la enumeración precisa de todo aquello que constituye material reservado o de guerra; de tal forma que lo que no esté incluido en la norma citada, debe someterse al trámite previsto en el artículo 258 del decreto 222 de 1983; en otras palabras, se someten a las normas comunes sobre contratación vigentes para la Nación y los organismos descentralizados, como lo es el trámite de la licitación. No debe olvidarse que lo señalado como material de guerra o reservado constituye un régimen de excepción, y como tal su interpretación ha de ser restrictiva y no puede comprender más de lo que esté expreso con claridad.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil- Bogotá, D.E. veintisiete (27) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad. No. 132. Consulta formulada por el Señor Ministro de Defensa Nacional, en relación con la adquisición de material de guerra o reservado.

SALA DE CONSULTA

El Señor Ministro de Defensa Nacional General Rafael Samudio Molina, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que ha continuación se exponen:

1. El Ministro de Defensa Nacional necesita adquirir un sistema electrónico de procesamiento y transmisión de datos, para reemplazar el que posee en la actualidad, que se considera técnicamente obsoleto e insuficiente para las necesidades del Ministerio de Defensa en materia de información procesada.

2. Conforme al Artículo 259 del Decreto Extraordinario 222 de 1983, las adquisiciones de material de guerra o reservado que hagan la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Satena y la Industria Militar, no requerirán para su validez la licitación pública o privada.

3. El Decreto 695 de 1983 en su Artículo 1o. Numeral 14 considera como armas, municiones y material de guerra o reservado y por consiguiente de uso privativo los siguientes elementos pertenecientes a las fuerzas militares y la Policía Nacional; Equipos y demás implementos de comunicaciones para el uso de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

4. Como antecedente, me permito informar al Señor Presidente, que el sistema electrónico de procesamiento y transmisión de datos que posee el Ministerio, fue adquirido directamente por el Gobierno Nacional a la firma BURROUGHS DE COLOMBIA S.A. según contrato celebrado el 21 de noviembre de 1978, en consideración a que dicha oportunidad se dio al mencionado sistema, el carácter de material reservado para las Fuerzas Militares, con fundamento en lo dispuesto por los Artículos 170 del decreto-ley 150 de 1976 y 1o. numeral 14 del decreto 1415 de 1977.

El Ministro de Defensa Nacional para adquirir un sistema electrónico de procesamiento de datos, debe adelantar licitación pública, o por el contrario puede adjudicar directamente el contrato, en consideración a la calidad de material reservado, destinado a la Defensa Nacional, con fundamento en lo dispuesto en los Artículos 259 del Decreto Extraordinario 222 de 1983 y 1o. numeral 14 del Decreto 695 del mismo año.?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. El artículo 259 del decreto-ley 222 de 1983 prescribe textualmente: "DE LOS CONTRATOS PARA LA ADQUISICION DE MATERIAL DE GUERRA O RESERVADO.-

Los contratos que exclusivamente para la adquisición de material de guerra o reservado, celebren la Nación - Ministerio de Defensa Nacional -, la Industria Militar, El Servicio Aéreo o Territorios Nacionales - Satena -, y los Fondos Rotatorios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no requerirán para su validez la licitación pública o privada y se perfeccionarán con el registro presupuestal y la constitución de las garantías a que hubiere lugar. Al mismo procedimiento se someterán los contratos que tengan por objeto asegurar, transportar, mantener o reparar el citado material de guerra.

Los contratos aquí previstos de cuantía igual o superior a Cincuenta Millones de pesos ($50.000.000.oo) o su equivalente en moneda extranjera, también requerirán para su validez aprobación del Consejo de Ministros y la firma del Presidente de la República.

La celebración de contratos de empréstito por parte de las entidades enunciadas en este artículo y para los efectos previstos en el mismo,solo requerirán autorización previa otorgada mediante resolución ejecutiva originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los respectivos convenios se perfeccionarán con la firma del Presidente de la República o su delegado, después de su aprobación por el Consejo de Ministros".

2. El decreto-reglamentario 0695 de 1983 determinó el material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Unicamente el numeral 14 del artículo 1o. hace referencia a "equipos y de más implementos de comunicación para uso de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional". No comprende su larga enumeración los equipos electrónicos de computación y procesamiento de datos de que trata la consulta.

La Sala estima que con base en el numeral transcrito no puede arrivarse a una conclusión que permita celebrar la compra directa de equipos electrónicos para procesamiento y transmisión de datos, por cuanto sus características no parecen encuadrar en los determinados equipos e implementos de comunicación, a más que esta última expresión difiere sustancialmente de lo que ha de entenderse, por la expresión **computador**.

En efecto, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Vigésima edición, 1984, la palabra Computadora, es definida como "Que computa o calcula. 2. Calculador o calculadora, aparato o máquina de calcular. 3. Computador o computadora electrónicos".

De las acepciones señaladas en el diccionario, no aparece ninguna que haga asimilable este aparato a los denominados implementos de comunicación. Por el contrario, la tercera y la décima acepción de la palabra **comunicación**

en el mismo diccionario hacen referencia respectivamente a transmisión de señales mediante un Código común al emisor y al receptor, y, correos, telégrafos, teléfonos, etc.

Se tiene entonces que, gramaticalmente no puede incluirse dentro de los "Equipos y demás implementos de comunicación", de que trata el numeral 14 del artículo 1o. del decreto 0695 de 1983, a los computadores o sistemas electrónicos para el procesamiento y transmisión de datos, por cuanto dichas expresiones no son asimilables y menos le parecen ser desde el punto de vista técnico.

3. Considera la Sala que la norma reglamentaria al señalar qué ha de entenderse por material reservado o de guerra, para efectos de la contratación directa que autoriza el artículo 259 del decreto-ley 222 de 1983, no puede ser interpretada extensiva ni analógicamente. El decreto 0695 de 1983 es claro y no remite a dudas en cuanto a la enumeración precisa de todo aquello que constituye material reservado o de guerra; de tal forma que lo que no está incluido en la norma citada, debe someterse al trámite previsto en el artículo 258 del decreto 222 de 1983; en otras palabras, se someten a las normas comunes sobre contratación vigentes para la Nación y los organismos descentralizados, como lo es el trámite de la licitación. No debe olvidarse que lo señalado como material de guerra o reservado constituye un régimen de excepción, y como tal su interpretación ha de ser restrictiva y no puede comprender más de lo que esté expreso con claridad.

Finalmente, el Ministerio de Defensa ha entendido que el régimen a seguir es el del llamado a la licitación pública, como puede deducirse de la Providencia de esta Sala de 22 de julio de 1987 en la que se declaró ajustado a la ley el contrato No.080-CEITE-86 Celebrado entre LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- y la Compañía UNISYS DE COLOMBIA S.A. Antiguamente denominada BURROUGHS DE COLOMBIA S.A, para la adquisición de un equipo de computación (Hardware y Software).

En los anteriores términos, se absuelve la consulta elevada a esta Sala por el Señor Ministro de Defensa Nacional General, Rafael Samudio Molina.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

ELECTRIFICADORAS - Naturaleza Jurídica / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS / ELECTRIFICADORAS - Régimen Aplicable / DIRECTOR EMPLEADO PUBLICO / CONGRESISTA - Incompatibilidades

Las electrificadoras hacen parte de la administración pública nacional, del orden descentralizado; pero en el cargo del Director, Gerente o Presidente de dichas entidades no es de los que el art. 109 de la Constitución Nacional permite desempeñar a los Senadores y Representantes. El Presidente de la República sólo puede designar Congresistas en los cargos de Ministros y Viceministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra. En el caso, aunque la designación no la hace el Presidente de la República, la entidad que la realiza está vinculada a la administración central, cuya cabeza es el Presidente de la República, y esa vinculación tiene como consecuencia el control de tutela que coloca al Director, Gerente o Presidente en relación directa y subordinada con el Ministro del ramo respectivo. En tal forma, la preservación constitucional de la integridad, independencia y equilibrio de las ramas del poder público y de los integrantes de las mismas, quedaría quebrantada si se admitiera un miembro del Congreso Nacional en el cargo a que se refiere la consulta.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Bogotá D.E., veinte (20) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

SALA DE CONSULTA

Referencia: Consulta RAD. No. 160 Entidades descentralizadas indirectas, y la viabilidad jurídica de la designación de un Congresista, Senador o Representante como Gerente de empresas electrificadoras.

El señor Ministro de Minas y Energía Guillermo Perry Rubio, formulada a la Sala la siguiente consulta previas las consideraciones que a continuación se exponen:

1. El artículo 1o. del Decreto 3130 de 1968 consagra que los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967 son, conforme al Decreto Extraordinario 1050 de 1968, tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de Economía Mixta.

2. El artículo 4o. del mismo Decreto 3130 de 1968 señala que son entidades descentralizadas indirectas "las personas jurídicas en las cuales participe 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.

....."

3. La dirección y administración de los entes descentralizados están a cargo de un Consejo Directivo y de un Gerente, Director o Presidente y los demás funcionarios que determinen los actos de las juntas o consejos directivos.

4. De acuerdo con las normas transcritas, las electrificadoras están clasificadas como entidades descentralizadas indirectas, del orden nacional, vinculadas al Ministerio de Minas y Energía y sometidas al régimen jurídico establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado.

5. Los Gerentes de las mencionadas empresas electrificadoras son elegidos por las respectivas Asambleas Generales de Accionistas, de conformidad con lo previsto en las normas legales y estatutarias. Tienen la calidad de empleados públicos y se sujetan a los estatutos aplicables a los funcionarios que ostentan tal condición.

6. El artículo 109 de la Carta Fundamental prevé, de manera excepcional, los empleos que pueden servir los Congresistas- Senadores y Representantes- y entre la enumeración constitucional no se hallan los de otros órdenes.

Tampoco su señalamiento se encuentra en la ley.

-¿Cuál es la ubicación que les corresponde a las Empresas Electrificadoras dentro de las entidades descentralizadas indirectas?

-¿ Podría designarse a un Senador o Representante, según sea el caso, como Gerente de una Empresa Electrificadora?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. El artículo 4 del Decreto-Ley 3130 de 1968 define las entidades descentralizadas indirectas como aquellas personas jurídicas en las cuales participa la nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares. En el acto de creación se debe determinar su permanencia al orden nacional, departamental o municipal al igual que su clasificación dentro de las categorías que establece el Decreto - Ley 1050 de 1968; es decir, establecimiento público, empresa industrial o comercial y sociedad de Economía Mixta.

2. El Decreto-Ley 130 de 1976 señala que "las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollarse actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas por las Empresas Industriales o Comerciales del Estado. Sus estatutos preverán sobre las materias mencionadas en el inciso segundo del artículo anterior, y además, podrán disponer que un mismo órgano haga las veces de Asamblea de Accionistas u Junta de Socios y de Junta Directiva".

3. Afirma la consulta que, las electrificadoras están clasificadas como entidades descentralizadas indirectas del orden nacional, sometidas al régimen jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

En otras palabras se trata de las denominadas Sociedades entre entidades públicas, en las cuales un mismo órgano puede hacer las veces de Asamblea Accionista o Junta de Socios y de Junta Directiva, si así lo dispusieren sus estatutos (Art. 4° D.L. 130 de 1976).

Igualmente, los estatutos han de señalar quien elige o designa su Gerente, al igual que la composición y Presidencia de la Junta Directiva.

4. Conforme se asevera en el texto de la consulta los Gerentes o Presidentes o Directores de las electrificadoras son empleados públicos designados por las Asambleas Generales de Accionistas, que se sujetan al régimen señalado para tal clase de empleados al servicio del Estado. Además, dichas electrificadoras son del orden nacional y vinculadas al ministerio de Minas y Energía.

En dichas circunstancias, las electrificadoras en referencia, *latu sensu*, hacen parte de la administración pública nacional, del orden descentralizado; pero el cargo de Director, GPresidente de dichas entidades no es de los que artículo 109 de la Constitución Nacional permite desempeñar a los Senadores y Representantes. El Presidente de la República sólo puede designar Congresistas en los cargos de Ministros y Viceministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra.

En el caso, aunque la designación no lo hace el Presidente de la República, la entidad que realiza está vinculada a la administración central, cuya cabeza es el Presidente de la República, y esa vinculación tiene como consecuencia el control de tutela que coloca al Director, Gerente o Presidente en relación directa y subordinación con el Ministro del ramo respectivo. En tal forma, la preservación constitucional de la integridad, independencia y equilibrio de las ramas del poder público y de los integrantes de las mismas, quedaría quebrantada si se admitiera un miembro del Congreso Nacional en el cargo a que se refiere la consulta.

El artículo 109 de la Carta, por contener una excepción debe interpretarse en forma restrictiva y ello es lo más adecuado al propósito de la norma. Además, este precepto debe interpretarse en armonía con el artículo 55 de la Constitución, que afirma y garantiza la separación entre las ramas del poder público y el ejercicio de las correspondientes funciones con plena autonomía.

Finalmente la Sala observa que lo expuesto se corrobora por el Acto Legislativo N° 1 de 1986 que expresamente autoriza, como una nueva excepción, a los senadores y representantes para ser elegidos alcaldes, pero sólo en la segunda parte de su período constitucional.

5. Con base en las breves consideraciones anteriores se responde a los interrogantes planteados en la siguiente forma:

1°- Las empresas electrificadoras son entidades descentralizadas de segundo grado organizadas como sociedades de capital público y regularmente sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, según se infiere de la consulta formulada, sus

Gerentes o Directores o Presidentes son empleados públicos designados por la Asamblea de Accionistas.

2°- Los Congresistas no pueden ser nombrados Directores o Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas de ningún orden y grado, como respecto de las electrificadoras de la consulta.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Ministro de Minas y Energía.

*Jaime Betancur Cuartas,*Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón,* (Salvamento de Voto Parcial), *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ELECTRIFICADORAS / DIRECTOR / CONGRESISTA - Incompatibilidades / PRINCIPIO DE LA REPUBLICA - Facultades (Salvamento de Voto)

La prohibición de nombrar congresistas para empleos distintos a los enunciados por el artículo 109, está establecida para el Presidente de la República, no para otro agente de agencia del Estado. De ahí que un Gobernador, por ejemplo, pueda lícitamente nombrar a un miembro del Congreso como Alcalde; o una Asamblea Departamental, elegirlo como Contralor del respectivo Departamento; o una Asamblea General de Accionistas -como es el caso de la Empresa respectiva-. En estos casos, se producirá vacante temporal en el ejercicio de las funciones del Senador o Representante. Por otra parte es principio de la ciencia del derecho que las incompatibilidades deben ser expresas, taxativas, rigurosamente señaladas, sin que puedan deducirse por analogía o interpretación extensiva. Y la Constitución vigente las ha determinado para el ejercicio de los empleos conferidos por el Presidente de la República, con las excepciones indicadas en el mencionado art. 109.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAVIER HENAO HIDRON

Referencia: Consulta. Radicación No. 160

Respetuosamente disiento de mis compañeros de SALA respecto de la respuesta dada a la segunda parte de la consulta de la referencia, formulada por el señor Ministro de Minas y Energía, y que dice así:

2. ¿ Podría designarse a un Senador o Representante, según sea el caso, como Gerente de un Empresa Electrificadora?

La mayoría de la Sala fundamenta la respuesta negativa a dicha pregunta, en el artículo 109 de la Constitución Política, del cual deducen que los Senadores y Representantes únicamente pueden desempeñarse los cargos a que dicha disposición se refiere (Ministros y Viceministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra), caso en el cual se producirá vacante transitoria por el tiempo en que desempeñe el cargo.

El artículo 109 de la constitución dispone textualmente:

> El Presidente de República no puede conferir empleo a los Senadores y Representantes Principales durante el período de las funciones de estos ni a los suplentes cuando estén ejerciendo el cargo, con excepción de los Ministros y Viceministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra. La acepción de cualquiera de aquellos empleos por un miembro del Congreso, produce vacante transitoria por el tiempo en que se desempeñe el cargo. (Acto Legislativo número 1 de 1968, artículo 33).

La lógica indica formular ante todo la siguiente pregunta:

¿ Cuál es la razón de la expresada prohibición ? ¿ Por qué el Presidente de la República no puede conferir sino ciertos empleos a los miembros del Congreso ?

La historia del artículo 109, que es original de la Constitución de 1886 pero ha sido objeto de reformas en los años de 1910, 1936, y 1968, nos permitirá llegar a conclusiones claras acerca de su sentido y alcance (1).

El artículo 109 fue propuesto a la consideración del Consejo Nacional de Delegatarios de 1886 por el constituyente Simón de Herrera, y expresamente estableció para el Presidente de la República la prohibición de conferir empleo

---

(1) El origen y desarrollo histórico del artículo 109 de la Constitución, puede ser consultado en el libro " LOS CONSTITUYENTES DE 1886", editado por el Banco de la República, Bogotá, 1986, tomo 6, páginas 97 a 110.

a los Senadores y Representantes durante el período de sus funciones y un año después con excepción de los de Ministro del Despacho, Consejero de Estado, Gobernador, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra, con a advertencia de que la aceptación de cualquiera de estos empleos por un miembro del Congreso, produce vacante en la respectiva Cámara.

La iniciativa del delegatario Herrera fue ampliamente discutida, pues aunque tenía antecedentes en las Constituciones colombianas anteriores, en esa época se presentaban en los Estados Unidos y en Inglaterra dos corrientes de opinión: una que pretendía ampliar el número de cargos que podrían ser desempeñados por los congresistas, y otra que aspira a reducir el número de dichos cargos.

Finalmente, dice don José María Samper en su "Derecho Público Interno", predominó la idea de dejar mayor latitud al Gobierno.

No debe olvidarse que el origen de esta institución sobre la incompatibilidad parlamentaria se encuentra en el Derecho inglés, y es consecuencia del prolongado y agudo enfrentamiento de intereses entre la Corona y el Parlamento. De manera que con el régimen de incompatibilidades para el desempeño de cargos en el Poder Ejecutivo, se pretendió evitar la corrupción que se presentaba como consecuencia de los halagos ofrecidos por la Corona a miembros de la Cámara de los Comunes.

En Colombia, desde 1886 la prohibición está expresamente establecida para el Presidente de la República y no para los Congresistas.

Este aspecto es fundamental. Por eso el artículo 109 dispone: "El Presidente de la República no puede conferir empleo..."

La Constitución, en su artículo 109, está regulando las relaciones entre dos ramas del poder público: la Ejecutiva y la Legislativa (más concretamente, entre el Gobierno Nacional y el Congreso). Y la intención es la de garantizar la independencia de ambas ramas del poder público sin desmedro de su colaboración armónica, siguiendo el delineamiento general consagrado en el artículo 55 de la Carta Política .

Se tiene, pues, por una parte, que la prohibición de nombrar congresistas para empleos distintos a los enumerados por el artículo 109, está establecida para el Presidente de la República. No para otro agente o agencia del Estado. De ahí que un Gobernador, por ejemplo, pueda lícitamente nombrar a un miembro del Congreso como Alcalde; o una Asamblea Departamental, elegirlo como Contralor del respectivo Departamento; o a una Asamblea General de

Accionistas -como es el caso de las Empresas Electrificadoras - designarlo como Gerente de la Empresa respectiva. En estos casos se producirá vacante temporal en el ejercicio de las funciones del Senador o Representante.

Por otra parte, es principio de la ciencia del derecho que las incompatibilidades deben ser expresas, taxativas, rigurosamente señaladas,sin que puedan deducirse por analogía o interpretación extensiva. Y la Constitución vigente las ha determinado para el ejercicio de los empleos conferidos por el Presidente de la República,con las excepciones indicadas en el mencionado artículo 109.

Javier Henao Hidrón

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

Fecha *ut supra*

CARRERA ADMINISTRATIVA -Inscripción / PLAZO - Ampliación / DECRETO REGLAMENTARIO

El Departamento Administrativo del Servicio Civil, con base en el artículo 41 del decreto-ley 2400 de 1968, solicita concepto favorable para la expedición del decreto reglamentario "Por el cual se modifica el decreto 374 de 1987", también reglamentario, de febrero 23, el cual señala el 31 de diciembre del año en curso como la ultima fecha para la presentación de inscripción o actualización en la Carrera Administrativa con el nuevo decreto amplía hasta el 31 de diciembre de 1988 el plazo para los trámites de ingreso a la Carrera, y salvar situaciones en importantes entidades de la Administración Pública Nacional, que no se han podido solucionar por su complejidad, especialmente para los que laboran en regiones lejana.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil -
Bogotá, D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta RAD. No. 173. El jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil solicita a esta Sala concepto favorable para la expedición del decreto reglamentario "Por el cual se modifica el decreto 374 de 1987", cuyo texto anexa, y al respecto se expresa:

1. La Carrera Administrativa tiene fundamento constitucional desde el Plebiscito de diciembre 1° de 1957, con incorporación en la Carta en el artículo 62, y con desarrollo en los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, reglamentados por el decreto 1950 de 1973. con posterioridad se han dictado la ley 13 de 1984

sobre régimen disciplinario, y los decretos reglamentarios 583 de 1984 y 374 de 1987 orientados éstos a facilitar la inscripción o actualización de los funcionarios en la carrera administrativa.

2. El Departamento del Servicio Civil, con base en el artículo 41 del decreto-ley 2400 de 1968, solicita concepto favorable para la expedición del decreto reglamentario "Por el cual se modifica el decreto 374 de 1987", también reglamentario, de febrero 23, el cual señala el 31 de diciembre del año en curso como última fecha para la presentación de inscripción o actualización en la Carrera Administrativa. Con el nuevo decreto se amplía hasta el 31 de diciembre de 1988 el plazo para los trámites de ingreso a la Carrera, y salvar situaciones en importantes entidades de la Administración Pública Nacional, que no se han podido solucionar por su complejidad, especialmente para los que laboran en regiones lejanas.

3. La Sala encuentra, observada la motivación de la solicitud, que el proyecto de decreto en consulta tiene fundamento constitucional en la potestad reglamentaria a que se refiere el artículo 120, numeral 3 de la Carta, y en el objetivo mismo de la Carrera de estimular con su ingreso los méritos de los funcionarios EN CONSECUENCIA, se emite **CONCEPTO FAVORABLE** para la expedición del decreto en referencia.

TRANSCRIBASE

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CARRERA ADMINISTRATIVA / DECRETO REGLAMENTARIO

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emite concepto favorable al proyecto de decreto "Por el cual se reglamentan los artículos 5o. y 6o. de la ley 61 de 1987".

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-
Bogotá, D.E. catorce (14) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Radicación No.192. PROYECTO DE DECRETO. Ley 61 de 1987 artículos 5o. y 6o. "por la cual se expiden normas sobre la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones".

El Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, Doctor Joaquín Barreto Ruiz de conformidad con las siguientes normas legales, artículos 9o. de la Ley 19 de 1958 y 98 del Código Contencioso Administrativo requiere el concepto de la Sala en relación con los artículos 5o. y 6o. de la ley 61 de 1987, previas las siguientes consideraciones:

Como es de conocimiento, el Gobierno Nacional sancionó la ley 61 del 30 de diciembre de 1987 "Por la cual se expiden normas sobre la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones".

La referida ley en sus artículos 5°. y 6°. estableció la posibilidad de ingresar a la carrera administrativa a los funcionarios que desempeñan empleos de tal carácter no se encuentran inscritos en ella.

A continuación me permito transcribir el texto de los artículos 5°. y 6°. de la ley 61 de 1987:

"Artículo 5°.- Al entrar en vigencia esta ley, los empleados que estén desempeñando un cargo de carrera sin que se encuentren inscritos en la misma, deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el gobierno nacional o en los Decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso. Acreditados tales requisitos o sus equivalentes tendrán derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la Carrera Administrativa.

"Si el cargo que desempeñe no estuviese incluído en el manual de requisitos, el período se extenderá por seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que el gobierno lo incluya, para lo cual éste tendrá un término de doce (12) meses a partir de la fecha de promulgación de la presente ley".

"Artículo 6° - Los empleados que no acrediten poseer los requisitos para el desempeño del cargo, dentro de los términos señalados en el artículo anterior, quedarán como de libre nombramiento y remoción, pero si continúan al servicio del mismo organismo sin solución de continuidad podrán solicitar su inscripción en la carrera cuando demuestren poseer los requisitos para el cargo que están desempeñando en el momento en que acrediten dicho cumplimiento.

"Sin embargo, los empleados que tengan cinco o más años de servicio a la entidad, tendrán derecho a solicitar su inscripción en la carrera, siempre que para el ejercicio de las funciones del empleo que desempeñan no se exija título profesional correspondiente a una carrera reglamentada".

El citado proyecto de decreto reglamentario que me complace adjuntar, tiene como finalidad precisar y desarrollar los mecanismos extraordinarios de incorporación a la carrera señalados en los artículos 5o. y 6o. de la Ley 61 y efectuar las armonizaciones necesarias con el Decreto Reglamentario 583 de 1984 y demás disposiciones que lo modifican y lo adicionan.

Vale la pena destacar en el contenido del proyecto de decreto los siguientes aspectos:

- Su aplicación a los empleados públicos vinculados a los organismos de la Rama Ejecutiva regulados por los decretos 2400 y 3074 de 1968 que desempeñan empleos de carrera y no se encontraban inscritos en la misma el 31 de diciembre de 1987. Para su inscripción en la carrera dichos funcionarios deben cumplir las condiciones a que se hace relación más adelante, siempre que continúen en el ejercicio de los cargos que ocupaban a 31 de diciembre de;

año pasado, salvo que estén ocupando empleos de carrera por encargo, evento en el cual podrán ser inscritos en los empleos de naturaleza de que son titulares.

- Los empleados públicos a que se han hecho mención podrán solicitar su inscripción en el escalafón si acreditan ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, a más tardar a 31 de diciembre del año en curso, que cumplen los requisitos establecidos para el ejercicio del cargo en el manual específico de funciones y requisitos; en su defecto, se aplicarán los requisitos señalados en el Decreto 1577 de 1979 o los que para el efecto determine el Gobierno. El proyecto de decreto en su artículo 5o. regula la equivalencia entre estudios y experiencia, siguiendo los criterios que sobre la misma materia se consagraron el decreto reglamentario 583 de 1984, con algunos ajustes que se hicieron necesarios teniendo en cuenta la experiencia vivida por el Departamento Administrativo del servicio Civil con motivo de la aplicación de la comentada disposición.

- Compete al Jefe de Personal del organismo donde el empleado presta sus servicios, hacer constar bajo la gravedad del juramento, el cumplimiento de los requisitos. Si el Jefe de Personal considera que el funcionario no los reúne, el empleado podrá solicitar concepto a la División de Salarios y Clasificación del Departamento Administrativo del Servicio Civil. Si en concepto de ésta dependencia el funcionario cumple los requisitos para el ejercicio del cargo, el jefe de personal debe proceder a tramitar la solicitud. El empleado que acredite los requisitos tendrá derecho a que dicho funcionario trámite ante el mencionado Departamento Administrativo la solicitud de inscripción en la carrera dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se hayan reunido las condiciones para solicitar la inscripción.

-Los funcionarios que no fueren inscritos en carrera por no acreditar los requisitos exigidos para el desempeño del cargo dentro de los términos fijados, quedarán como de libre nombramiento y remoción; sin embargo, si continúan al servicio de la misma entidad sin solución de continuidad, podrán solicitar su escalafonamiento cuando hayan demostrado poseer los requisitos para el empleo de carrera que estén desempeñando en el instante en que acrediten dicho cumplimiento. Se entenderá que no hay solución de continuidad cuando el empleado no ha permanecido desvinculado del organismo por más de 15 días hábiles.

Se prevé que los empleados públicos que el 31 de diciembre de 1987 tenían 5 o más años de servicio en la respectiva entidad, podrán solicitar su inscripción en la carrera, a más tardar el 31 de diciembre de 1988, de acuerdo con los dispuesto sobre el particular en el inciso 2º del Artículo 6o. de la Ley 61 de 1987. De la misma manera, se señala la posibilidad para los funcionarios

que ocupaban cargos de carrera en dicha fecha de superior categoría a aquel en que estaban escalafonados, sin haberse cumplido el proceso de selección, podrán solicitar su inscripción en las mismas condiciones a las que se ha hecho mención.

- Los empleados que ocupan un empleo de carrera equivalente a aquel en el que fueron inscritos, deberán solicitar la actualización de su escalafón ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil, por conducto del Jefe de Personal de la entidad donde laboran. Es necesario que el proyecto de decreto se refiera a esta situación jurídica de los funcionarios escalafonados, toda vez que es posible que muchos de ellos hayan sido trasladados a otros cargos o incorporados a empleos equivalentes como consecuencia de modificaciones en las plantas de personal en las entidades. También se regula la situación de aquellos empleados que ha 31 de diciembre del año pasado se encontraban desempeñando un cargo de carrera en período de prueba, evento en el cual podrán solicitar su inscripción en el escalafón, salvó que en el período transcurrido se hubiere producido calificación de servicios no satisfactoria.

- Con el fin de hacer las concordancias necesarias de las normas reglamentarias de los artículos 5°. y 6°. de la Ley 61 de 1987 con el Decreto 583 de 1984 y demás disposiciones vigentes que lo modifican y adicionan, el Departamento Administrativo del Servicio Civil continuará el trámite de inscripción en la carrera o la actualización en el escalafón de funcionarios que tengan pendientes sus solicitudes formuladas con arreglo al comentado Decreto 583, siempre que el empleo no haya obtenido el carácter de libre nombramiento y remoción, de conformidad con la citada ley 61 de 1987. Finalmente se determina que quienes no hubieren podido ingresar a la carrera por no reunir los requisitos mínimos para el ejercicio del empleo exigidos por el Decreto 583 de 1984, podrán ingresar a la carrera si cumplen con las condiciones fijadas, siempre que no hayan obtenido concepto desfavorable de conducta y eficiencia.

LA SALA ANALIZA Y CONCEPTÚA:

El proyecto hace referencia a la reglamentación de los artículos 5° y 6° de la Ley 61 de 1987, por la cual se expidieron algunas normas sobre carrera administrativa.

Comienza su artículo 1° por señalar el ámbito de aplicación del decreto, a los empleados públicos regulados por los decretos extraordinarios 2400 y 3074 de 1986 que desempeñan empleos de carrera y no se encontraban inscritos en ella a 31 de diciembre de 1987 fecha en que entró en vigencia la ley 61 de 1987 al ser publicada en el Diario Oficial número 38171.

SALA DE CONSULTA

En el artículo 2° la Sala considera que la parte "que cumpla con las condiciones señaladas en este decreto" debe ser suprimida, por cuanto no es el cumplimiento de las condiciones allí señaladas las que autorizan el ingreso a la carrera, sino, conforme lo señala el artículo 5° de la ley 61 de 1987 "el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el Gobierno Nacional o en los decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso....". Si bien el artículo 5° del proyecto de decreto señala algunas equivalencias con base en la facultad antes transcrita ello no autoriza por ningún motivo la parte que se ha glosado, por cuanto en la práctica estaría limitando el ingreso a la carrera administrativa al desconocer la existencia de los manuales de requisitos, que son distintos de aquellas normas que señalan equivalencias a dichos requisitos. En otras palabras el decreto reglamentario limitaría el ingreso a la carrera administrativa exclusivamente a aquellas personas que cumplan los requisitos en él establecidos, dejando a un lado a todos aquellos funcionarios públicos que la ley 61 de 1987 autoriza a ingresar a la carrera administrativa.

Siguiendo en el análisis el artículo 3° es una reglamentación precisa del inciso 2° del artículo 6° de la ley 61 de 1987 aún cuando limita en el tiempo la inscripción de los funcionarios cobijados por el supuesto de hecho allí consagrado, al señalar el 31 de diciembre de 1988 como fecha límite, cuando conforme se analiza a continuación podría ser otra posterior. Dicha parte debe modificarse.

En el artículo 4°, la Sala estima conveniente suprimir el aparte "a que se refiere el artículo 2o.", por cuanto al leer el artículo referido, se encuentra que éste a su vez prescribe: "los empleados públicos a que se refiere el artículo anterior....", con lo cual la referencia que el artículo 4° hace al 2° en la parte que se glosa, termina en realidad siéndolo al artículo 1°. En verdad no es necesario en un decreto reglamentario hacer tal referencia en forma de cascada, que en últimas solo produce confusión y es ajena a una buena técnica jurídica de reglamentación.

En el inciso segundo del artículo 4° la Sala estima necesario, cambiar "para solicitar la inscripción será de seis (6)meses" por el "para acreditar los requisitos se extenderá por seis (6) meses", con el fin de que quede en un todo de acuerdo con el inciso 2o. del artículo 5° de la ley 61 de 1987. La explicación es sencilla: la ley en la norma mencionada señala el término de un año, a partir de su vigencia, a aquellos empleados que se encuentren desempeñando cargos de carrera sin estar inscritos en ella, **para que acrediten que cumplen con los requisitos señalados para sus respectivos empleos,en el manual de requisitos** expedido por el Gobierno o en los decretos que establezcan equivalencias. Si el cargo no estuviese incluido en el manual de requisitos, el período señalado por seis meses más contados a partir de la fecha en que el

gobierno lo incluya.

Para expedir estos manuales de requisito e incluir los cargos que no le estuvieren, el gobierno tiene plazo de doce (12) meses contados a partir de la promulgación de la ley. En resumen, el gobierno tiene plazo hasta el 31 de diciembre de 1988 para expedir tales manuales. Pero la ley en ningún momento fija el lapso en mención como término para inscribirse a la carrera administrativa; lo fija **para que los empleados acrediten los requisitos señalados para sus respectivos empleos en los manuales de requisitos o en los decretos que establezcan equivalencias a dichos requisitos**.

Basta una lectura atenta a los artículos 5° y 6° de la ley 61 de 1987, que el proyecto de decreto pretende reglamentar, para llegar sin ninguna dificultad a la anterior conclusión. Una vez acreditado que se reúnen los requisitos, se tendrá derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la carrera administrativa. De allí, que igualmente y con base en las anteriores consideraciones estima la Sala pertinente el volver sobre el inciso primero del artículo 4° para señalar que nada impide al funcionario público acreditar los requisitos e inscribirse antes del 31 de diciembre de 1988; pero nada igualmente que antes de tal fecha acredite los requisitos y que su inscripción en la carrera se haga con posterioridad. Lo que debe señalar el decreto reglamentario es el término prudencial para que los funcionarios se inscriban, una vez vencido aquel que señala la ley par acreditar los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Con base en las anteriores observaciones, la Sala estima necesario dar una nueva redacción al inciso 1o. del artículo 4°.

El artículo 5° señala algunas equivalencias con base en la autorización que consagra el artículo 5° de la ley 61 de 1987. En este artículo estima la Sala que la palabra "conlleva" del primer renglón del parágrafo primero debe cambiarse por "implique". En cuanto al inciso segundo del mencionado parágrafo, este debe suprimirse por no corresponder en su reglamentación al inciso segundo del artículo 6° de la ley 61 de 1987.

En relación con el artículo 6° del proyecto que atribuye al jefe de personal o quien haga sus veces, el hacer constar bajo la gravedad del juramento el cumplimiento de los requisitos exigidos por el proyecto del decreto, considera la Sala que le es pertinente la misma observación que se ha formulado en relación con el artículo 2°.

El cumplimiento de los requisitos que supuestamente establece el proyecto de decreto en ningún momento habilita para el ingreso a la carrera, tal como se expuso anteriormente. De otra parte, debe dejarse en claro, que

acreditar los requisitos para ingresar a la carrera administrativa, requiere cierto despliegue de carácter probatorio por parte del respectivo funcionario que aspire a tal ingreso. Como que debe probarse que se reúnen los requisitos o equivalencias que a tales exigencias ha señalado el gobierno, cuestión que en ningún momento puede dejarse a una simple atestación bajo la gravedad del juramento si a ello en su redacción pretende referirse el artículo 6° glosado. Obviamente aquellos documentos que figuren en la hoja de vida del funcionario y que sean pertinentes para probar los ya mentados requisitos o equivalencias, pueden ser certificados y de ellos expedir constancias, los jefes de personal o las personas que tengan a su cargo tal función; por cuanto ellos servirán para que los funcionarios públicos puedan acreditar que cumplen con suficiencia aquellos requisitos que se les exige para sus respectivos empleos.

Obviamente una vez analizados los documentos con los que se pretende probar que se reúnen los requisitos para el desempeño del empleo, el jefe de personal o quien haga sus veces, ante quien deberán acreditarse, puede expedir constancia de ello bajo la gravedad del juramento que se entenderá prestado con la firma de la constancia. En esta forma sencilla debe redactarse el artículo y no como aparece en el proyecto de decreto, dando a entender adicionalmente, que solo el cumplimiento de los requisitos allí establecidos habilitan para el ingreso a la carrera administrativa, cuando ello no es así como ya se explicó.

Al redactarse en forma clara el artículo 6°, quedaría concordante con el contenido del artículo 7°. Debe eso sí señalarse en este último artículo en qué evento o eventos se considera extemporánea la solicitud.

El artículo 8° debe aclararse en el sentido que una vez acreditados los requisitos, los funcionarios que aspiren a ingresar a la carrera podrán solicitar su inscripción por intermedio del Jefe de Personal de la entidad para la cual trabajan o de quien haga sus veces o bien directamente, por cuanto los artículos 5° y 6° de la ley 61 de 1987 hacen referencia exclusivamente a los empleados como actores directos e inmediatos dentro del proceso de inscripción, sin que ello impida que las entidades estatales por intermedio de sus oficinas o departamentos de personal canalicen la inscripción de sus funcionarios en la carrera para hacer más expedito y rápido dicho proceso.

En el artículo 9° debe cambiarse la frase "en que se hayan reunido por " en que se hayan acreditado" con el fin de que el reglamento guarde armonía con la ley. Existe bastante diferencia entre el empleo de los términos "reunir" y "acreditar" y de allí que para los propósitos de posterior inscripción en la carrera, el legislador haya utilizado este último.

En el artículo 11 debe suprimirse la parte "y en consecuencia no fueren inscritos en carrera administrativa" conforme a lo comentado en los artículos 3° y 4°. Al suprimirse dicha parte, el artículo quedaría repitiendo textualmente el inciso 1 del artículo 6° de la ley 61. Por tanto sería pertinente dejar únicamente como contenido de dicho artículo el inciso segundo tal como aparece redactado en el proyecto con el siguiente encabezamiento "Para los efectos del inciso primero del artículo 6° de la ley 61 de 1987, se entiende que no hay solución de continuidad....".

Los artículos 12 a 16 reglamentan genéricamente la inscripción en la carrera administrativa para aquellos funcionarios que solicitaron su ingreso con anterioridad a la ley 61 de 1987. Estima la Sala que la última parte del artículo 15 "siempre que el empleo no haya obtenido el carácter de libre nombramiento y remoción de conformidad con la ley 61 de 1987", debe suprimirse, por cuanto tal fenómeno únicamente puede ocurrir conforme a la ley 61 de 1987, cuando venza el término para acreditar los requisitos que es de un año contado a partir de la vigencia de la misma. De otra parte, es el legislador quien ha regulado en la ley tal circunstancia, de tal forma que en este aspecto lo que disponga el decreto reglamentario en nada contribuye a la aplicación dinámica de la ley.

DECISION:

Con fundamento en los expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emite concepto favorable al proyecto de decreto "Por el cual se reglamentan los artículos 5° y 6° de la ley 61 de 1987", con las observaciones que se han dejado expuestas.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

HIDROCARBUROS / SALINAS - Explotación / FISCALIZACION / MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA / EMPLEADO PUBLICO - Régimen Salarial /REVOCATORIA DIRECTA - Consentimiento / FONDO NACIONAL DEL AHORRO - Funciones / CESANTIAS - Pago

Los trabajadores del Ministerio de Minas encargadas de la fiscalización de la exportación de las salinas han estado siempre vinculados a la Nación-Ministerio de Minas y Energía-como empleados públicos. Por consiguiente su remuneración y prestaciones sociales deben ser pagadas por la Nación. Como la ley asigna el pago de la cesantía de los empleados nacionales al Fondo Nacional del Ahorro, esta entidad debe pagarles la mencionada prestación. La Caja Nacional de Previsión Social asume el pago de los demás prestaciones prescritas por la ley. Los actos que reconocieron las prestaciones extralegales no pueden ser modificados sin el consentimiento expreso y escrito de las personas beneficiadas. Por consiguiente están vigentes y deben cumplirse. La entidad que expidió dichos actos,pide revocarlos, pero para ello es indispensable el consentimiento expreso por escrito de las personas beneficiadas. Si este pronunciamiento no fuere posible la misma entidad puede pedir su anulación, y si fuere del caso la devolución de lo pagado anteriormente entre el órgano competente de la jurisdicción Contencioso Administrativa. El régimen salarial y prestacional que cobija a los empleados del sector central de la administración es el señalado por el Gobierno Nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978 y normas complementarias.

RAD. 183

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Bogotá, D.E.,veinticinco (25) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente:*Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación No. 183 Consulta del Ministerio De Minas y Energía sobre situación laboral de los empleados que fiscalizan la explotación de las salinas nacionales.

En oficio No 000827, el señor Ministro de Minas y Energía, envía a la Sala la siguiente consulta:

" 1. ANTECEDENTES:

a. Mediante Decreto 1529 de 1942, dictado por el presidente de la república en desarrollo de las facultades otorgadas por la ley 128 de 1941, se aprobó el contrato mediante la cual la Nación había concedido al Banco de la República la administración y explotación de las Salinas Nacionales.

b. El Decreto 2832 de 29 de octubre de 1953 dispuso de la fiscalización de los contratos celebrados para la exploración, explotación y elaboración y venta de sal terrestre y marina se ejercería por empleados dependientes del Ministerio de Minas especialmente comisionados para tal efecto. Además, señalo en el articulo 2°: "El pago de los sueldos a que se refiere este Decreto,se hará con cargo a la explotación de salinas y Esmeradas contratadas con el Banco de la República,por conducto del habilitado pagador del Ministerio del Ramo y el Gerente del Banco de la República"

c. Mediante las comunicaciones cuyas fotocopias se acompañan, el Ministerio de Minas autorizo el pago a los trabajadores comisionados para ejercer la fiscalización ya indicada, de todas las prestaciones extralegales concedidas por el Banco de la República a los trabajadores directos de la explotación.

d. Igualmente el Ministerio de Minas, en comunicaciones cuyas fotocopias se acompañan, ordenó que el pago del auxilio de cesantías y demás prestaciones causadas en favor del personal del Ministerio de comisionado para ejercer la mencionada fiscalización, se efectuara por el entidad concesionaria.

e. Durante el tiempo en que el BANCO DE LA REPUBLICA fué concesionario de la nación para la exportación de sal, dicha entidad pago

a los trabajadores del Ministerio de Minas encargados de la fiscalización, todas las prestaciones legales y extralegales reconocidas y pagadas a los trabajadores directos de la explotación.

f. EL BANCO DE LA REPUBLICA fué concesionario de la Nación para la explotación de las Salinas Nacionales hasta el día 2 de abril de 1970.

g. A partir del 2 de abril de 1970, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 41 de 1968 y el Decreto 1205 de 1969, el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL paso a ser el concesionario de la Nación para la explotación de las minas de sal.

i. Tanto la ley 41 de 1968 como el Decreto 1205 de 1969, previeron que los contratos celebrados en desarrollo de dichas disposiciones debían respetar las obligaciones contraídas por el BANCO DE LA REPUBLICA, como concesionario de la Nación para la explotación de las minas de sal, y de manera especifica las relacionadas con el régimen laboral pactado con los trabajadores que venían laborando para el desarrollo de la concesión.

j. A partir de la fecha en que el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, como concesionario de la Nación,asumió la explotación de las minas de sal,continuo pagando a los trabajadores encargados de la fiscalización, los mismos salarios y prestaciones sociales establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo para los trabajadores directos de la exploración, tal como le venia haciendo el BANCO DE LA REPUBLICA.

k. Igualmente , a partir de la fecha en que el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, como concesionario de la Nación, asumió la explotación de las minas de sal, afilio al Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores del Ministerio de Minas encargados de la fiscalización.

l. Desde el mismo momento en que fueron comisionados para efectuar la fiscalización de los contratos celebrados para la explotación de las minas de sal, por no figurar en la nómina del Ministerio sino en la de Concesión de Salinas, a los mencionados trabajadores no se los volvió a hacer descuento de aporte con destino a la Caja Nacional de Previsión Social y, en cambio, cotizaron al Instituto de Seguros Sociales.

m. A partir del año 1980, el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL suspendió el pago de las prestaciones sociales consagradas en la

Conversión Colectivas de Trabajo a los trabajadores encargados de la fiscalización y, posteriormente, suspendió incluso el cambio de los salarios que actualmente se efectúa directamente por este Ministerio.

n. En virtud de la Ley 1ª. de 1984, se reformó la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía y se determinaron las funciones de sus distintas dependencias. En desarrollo de tales mandatos legales, se expidió el Decreto 623 de febrero 27 de 1985, por el cual se fijó la planta de personal del Ministerio.

Posteriormente, ante la situación planteada por el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, mediante Resolución N°. 0391 de 22 de Marzo de 1985 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, se Incorporaron a la planta de personal de la Sección de Liquidación, Regalías e Impuestos, los funcionarios que venían entendiendo las labores de fiscalización de la Concesión Salinas, quienes tomaron posesión de sus nuevos cargos.

ñ. En la actualidad, el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, Concesión Salinas, transfiere el Ministerio de Minas y Energía, una suma de dinero que considera suficiente para el pago de los sueldos básicos que devenga cada uno de tales funcionarios.

o. Algunos de los trabajadores del Ministerio, comisionados para prestar sus servicios en la fiscalización de los contratos celebrados para la exportación de las minas de sal a quienes se les suspendió por el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL el pago de las prestaciones convencionales que se les venían reconociendo, demandaron ante le justicia Contencioso Administrativa para que el mencionado instituto fuera condenado a continuar reconociendo dichas prestaciones, pero tal justicia se declaró incompetente para conocer de la reclamación, por cuanto la misma se apoyaba en normas de la Convención Colectiva de Trabajo.

p. Posteriormente tales trabajos, con el mismo fin, acudieron a la justicia ordinaria laboral, pero ésta se declaró incompetente para conocer de su reclamación, sin considerar que los demandantes son empleados públicos.

q. A algunos trabajadores de este Ministerio que fueron comisionados para efectuar la fiscalización de la explotación de Salinas ante el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, se les reconoció directamente por este Instituto, y les ha venido pagando la pensión vitalicia de jubilación.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado,

SE CONSULTA:

a. Puede suprimirse legalmente a los trabajadores de este Ministerio encargados de la fiscalización de la explotación de las Salinas, el pago de las prestaciones convencionales pagadas a los trabajadores directos de la explotación, que durante muchos años se reconoció y pagó a los primeros ?

b. En caso de que dichas prestaciones extralegales deban continuar pagándose, quién debe hacer su pago, el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL o el MINISTERIO DE MINAS?

c. Quién va a asumir el pago del auxilio de cesantía y la pensión de jubilación de los mencionados trabajadores por el tiempo en el cual, por cuenta del INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL estuvieron afiliados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y no a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL ?.

d. Teniendo en cuenta que su nivel de remuneración actual es el señalado por el Gobierno Nacional para los empleados del Sector Central, cuál sería el régimen salarial y prestacional que debería cobijarlos con el presente?.

SE CONSIDERA:

Las prestaciones previstas en la ley están a cargo del ente de seguridad social al cual esté afiliado el empleado oficial y el régimen de afiliación solo la ley lo determina; por regla general todos los **empleados** oficiales son afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión, excepto los que por ley sean excluidos de tal régimen. La afiliación presupone la aplicabilidad de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, mientras la ley no disponga lo contrario. Y la afiliación de hecho al actual ISS., no puede equivaler a disposición legal en contrario ni por tanto a sustitución, en los derechos de los empleados del Ministerio de Minas y Energía, y en las obligaciones de este, si a unos y otro le corresponde en virtud de los referidos Decretos. Y son sus servicios prestados al Ministerio los que se computan en primer lugar para efectos de la pensión de jubilación.

Solamente a los trabajadores oficiales se reconocen y pagan, además de las prestaciones sociales establecidas por la ley, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de

conformidad con las disposiciones legales sobre la materia (artículo 3o. ,Decreto 1045 de 1978).

Ninguna norma autoriza la aplicabilidad de una convención colectiva a los empleados públicos, cuando ha sido celebrada por trabajadores oficiales o particulares, ya que los primeros tienen prohibido celebrarla por el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo. De otra parte, no puede conferirse comisiones de servicio de carácter permanente, desde la expedición del decreto 1042 de 1978, artículo 65, y si se confieren mediante acto administrativo a funcionarios que desempeñen labores de inspección y vigilancia o que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, la sujeción a un limite se impone, aunque no sea fijado por la disposición citada.

Tales comisiones, de todos modos, confirman el vínculo de dependencia que la situación reglamentaria del empleado implica respecto del organismo que lo comisiona y la naturaleza especial de las tareas que deben desarrollarse no alteran, a manera alguna los términos de esa relación, mucho menos los derechos que en materia prestacional corresponden legalmente al empleado comisionado.

Así, pues, cuando por obra de extención abusiva o confusión negligente del ejercicio de una función administrativa resultaron reconocidas y pagadas prestaciones no correspondientes a empleados del Ministerio de Minas y Energía por parte de entidad sin atribuciones legales al efecto, compete a la entidad de ellas investida, ejercer las acciones dentro del termino legal, establecidas a efecto de su anulación (artículo 149 del Código Contencioso Administrativo)

La revocación directa por parte de los mismos "funcionarios" que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores se refiere a actos administrativos, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, y puede cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aún cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativo, siempre que en este último caso no se haya acudido a los tribunales contencioso administrativo, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda (artículo 71 *ibídem*).

Pero "cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular" (artículo 73 *ibídem*).

Llegado el caso, la anulación o revocación de los actos evidentemente producidos por medios ilegales, determinarían la procedencia de revertir a la

entidad de previsión correspondiente los aportes deducidos a los empleados del Ministerio, con base en su equívoca afiliación al ISS, y la continuidad de cotización a aquella, según la ley lo manda.

Ante la situación descrita y documentada por el Ministerio consultante, no es la supresión de las prestaciones convencionales ya reconocidas opción clara al alcance de la administración, sino la revocación directa, en cada caso. Los Decretos leyes 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978 dan las soluciones legales a dicha situación; y el primero indica, en su primer capitulo, las pautas del cubrimiento de riesgos que para atenderlos rigen respecto de los empleados a trabajadores del orden nacional.

El Ministerio de Minas y Energía, o el ISS llegado el caso, como entidades de la administración pública del orden nacional, **únicamente** reconocer y pagan a **sus** empleados o afiliados **las prestaciones sociales establecidas** por la ley, según lo ordena el artículo 3o. del Decreto 1045 de 1978 y el Decreto 1650 de 1977, y el fondo Nacional de ahorro es el responsable del pago de la cesantía (Decreto 3118 de 1969); en cuanto a sueldos, basta afirmar que el derecho del empleado de percibirlos corresponde a la obligación de pagarlos de la entidad a la cual aquel sirve, según los factores contemplados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978. Ningún régimen salarial o prestacional diferente puede ser aplicable a los empleados involucrados en la consulta.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

LA SALA RESPONDE:

1°.- Los trabajadores del Ministerio de Minas encargado de la fiscalización de la explotación de las salinas han estado siempre vinculados a la Nación - Ministerio de Minas y Energía- como empleados públicos. Por consiguiente su remuneración y prestaciones sociales deben ser pagadas por la Nación. Como la ley asigna el pago de la cesantía de los empleados nacionales al Fondo Nacional del Ahorro, esta entidad debe pagarles la mencionada prestación. La Caja Nacional de Previsión social asume el pago de las demás prestaciones prescritas por la ley.

Los actos que reconocieron las prestaciones extralegales no pueden ser modificados sin el consentimiento expreso y escrito de las personas beneficiadas. Por consiguiente están vigentes y deben cumplirse. La entidad que expidió dichos actos, puede revocarlos, pero para ello es indispensable el conocimiento expreso por escrito de las personas beneficiadas. Si este procedimiento no fuera posible la misma entidad puede pedir su anulación, y si fuere del caso la

devolución de lo pagado ante el órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa.

2°.- El régimen salarial y prestacional que cobija a los empleados del sector central de la administración en el señalado por el Gobierno Nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978 y normas complementarias.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Señor Ministro de Minas y Energía.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 26 de octubre de 1993.

INGEOMINAS / PRIMA TECNICA / RETROACTIVIDAD

Es procedente el pago retroactivo de ajustes por ascenso y prima técnica no efectuando durante los años 1985, 1986 y 1987 al personal del área técnico-científica del INGEOMINAS, cuando los destinatarios que la hayan solicitado reúnan los requisitos establecidos al efecto.

Consejo del Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil.
Bogotá, D.E., veintidos (22) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Radicación : No. 191 Consulta del Ministro de Minas y Energía sobre pago retroactivo de ajustes, ascensos y prima técnica de INGEOMINAS.

El Señor Ministro de Minas y Energía, en Oficio N°. 001773, envió a la Sala la siguiente consulta:

"El Instituto Nacional de Investigación Geológico Mineras (INGEOMINAS), es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Minas y Energía y creado por el Decreto 3161 de 1968.

Este Instituto tiene un régimen especial de remuneración y prima técnica del personal técnico-científico (t.c) establecido mediante el Decreto 1321 de 1978, reglamentado por el Decreto 2772 de 1979. Sin embargo, en la entidad mencionada, por problemas administrativos no se realizó en debido tiempo las evaluaciones de la totalidad de personal desde 1985. En la actualidad, INGEOMINAS ya cuenta con recursos necesarios para pagar

los ajustes correspondientes a aquellos rublos (sic) mencionados dejados de pagar.

En concecuencia, y ante dualidad de interpretaciones, como se trata de un problema de orden laboral, para tener certeza sobre el asunto expuesto, se consulta a esa Honorable Sala:

- Es procedente, el pago retroactivo de ajustes por ascenso y prima técnica, no efectuados durante los años 1985, 1986 y 1987?

- En caso negativo, cuál sería el procedimiento legal para que los empleados no perdieran sus derechos ".

SE CONSIDERA:

Del artículo 17 del Decreto 1950 de 1973 proviene el carácter facultativo de la solicitud de prima técnica, asignable al titular del cargo para el cual haya sido creada. Y de los artículos 15 y 16 del mismo, la obligación por parte del organismo correspondiente de tramitar la solicitud y resolverla de acuerdo con las normas que reglamenten la materia.

En todo caso, asignada una prima técnica al titular del empleo dotado de la misma, su disfrute cesa cuando aquel deja de ejercerlo, es decir, por cambio de empleo de quien venía devengándola.

"Sin embargo, si el nuevo empleo tuviere creada prima técnica, podrá solicitarse su asignación mediante el trámite establecido en el presente Decreto", según lo expresa el artículo antes citado.

Con este presupuesto, hay lugar a entender que la creación de prima técnica está vinculada al cargo o empleo y que su asignación recae directamente en favor de la persona que lo ejerza y la haya solicitado; no hay lugar, en concecuencia, a asignar de oficio la prima como si esa asignación se impusiera por virtud propia, si el empleado no la solicita.

En otras palabras, la competencia para asignar la prima técnica es provocada por el titular del empleo que la tenga creada y el derecho a su disfrute como la obligación de cancelarla en la oportunidad debida se constituye cuando se asigne individualmente y el beneficiario permanece en servicio.

Concordante con las regulaciones de la prima técnica antes vistas, resulta el derecho otorgado sobre la misma a los empleos del nivel profesional de la

planta de personal de INGEOMINAS, agrupados en el área técnico-científica, por el Decreto 1321 de 1978.

Asignable tal prima por Resolución del Director de INGEOMINAS, para su reconocimiento, se tienen en cuenta los títulos académicos y los créditos que en las áreas de Conocimientos y Aporte acumule el funcionario, de acuerdo con lo establecido por el artículo 10° del Decreto N°. 2772 de 1979, reglamentario del Decreto-Ley 1321 del 6 de julio de 1978.

Dice, además, el artículo 11 de dicho reglamento, que la prima técnica será fijada semestralmente mediante Resolución del Director de INGEOMINAS, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el artículo 10° y previo el concepto favorable del Comité de Personal Profesional.

Todo ascenso dentro del área técnico-científica conlleva la revisión del valor que corresponde a la prima técnica, para lo cual se adopta el correspondiente procedimiento.

Reglamentada en la forma vista la asignación de prima técnica y deducida, su constitución como factor de salario, deja de asignarla cuando válidamente se ha solicitado, equivale a desconocer un derecho del empleado, que desde luego, no desaparece por haber expirado el término para su asignación, sino se convierte en una obligación acumulativa, diferida, a cargo del organismo responsable de cumplirla.

Precisamente, por haber expirado el término para cumplir dicha obligación tiene que ser retroactiva la orden de pago que se dé, llegado el caso, por concepto de asignación de prima, sin perjuicio de atender las correspondientes regulaciones presupuestarias y su sistema de control de ordenación de gastos.

De otra parte y conforme el artículo 5°., parágrafo 3° del Decreto 0019 de 1988, los organismos y entidades que por mandato legal dispongan de tablas de remuneración que contemplen modificaciones periódicas en sus niveles y grados ocupacionales, deberán suministrar la información correspondiente a los incrementos previstos para que el Comité de control de Gasto Público por Servicios Personales, pueda autorizar exceder el valor límite por servicios personales, antes de entrar en vigencia dichos incrementos. Dicha documentación será enviada al Comité con una antelación no inferior a dos (2) meses respecto de la fecha en que se debe aplicarse los incrementos ".

En función del aludido Comité, al tenor del artículo 17 del Decreto en cita, autorizar a los organismos y entidades para exceder el monto en los servicios personales en los casos que se detallan acontinuación:

"……

c) "Autorizar los incrementos de los servicios personales para aquellos organismos y entidades que por mandato legal tengan tablas de remuneración especial que contemplen aumentos periódicos".

Para efectos de reconocimiento en prima técnica a los funcionarios del área técnico-científica del INGEOMINAS o de la revisión de su valor, consecutiva a ascensos, resulta procedente la aplicación de las disposiciones transcritas en el caso consultado, cuando se sabe que los reconocimientos acumulados desde 1985 pueden exceder el valor limite por servicios personales imputado contra el rubro presupuestal de prima técnica señalado por el artículo 5°. en armonía con el artículo 2°. del Decreto 0019 de 1.988.

Sería, entonces la disponibilidad presupuestal requerida para la erogación, y no la absoluta conformidad con las fechas para hacer el pago la única y especial condición a que aquel pueda quedar sometido. Por regla general los actos de la administración serán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, pero excepcionalmente, puede otorgárseles eficacia retroactiva cuando produzcan efectos favorables al interesado, ya que el principio de la irretroactividad sólo busca impedir que la administración, actuando hacia el pasado, agrave la situación de los administrados.

En la hipótesis, pues, de que cada evaluación conduzca el reconocimiento de la prima técnica y cada ascenso a la revisión de su cuantía, la administración no puede desconocer los derechos que singular o individualmente puedan constituirse al respecto por parte del personal de área técnico-científica del INGEOMINAS y que llegado el caso serían verdaderos derechos de crédito, en justicia exigibles, así exceda su valor el límite establecido para servicios personales en el año fiscal y así haya expirado el término fijado para tramitar y atender el cumplimiento de la obligación legal correspondiente.

En conclusión, es procedente al pago retroactivo de ajustes por ascenso y prima técnica no efectuado durante los años 1985, 1986 y 1987 al personal del área técnico-científica del INGEOMINAS, cuando los destinatarios que la hayan solicitado reúnan los requisitos establecidos al efecto.

SALA DE CONSULTA

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CESANTIA - Liquidación / TRABAJADOR OFICIAL / TRABAJADOR PRIVADO / CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO / AUXILIO DE CESANTIA.

Mientras la cesantía de los empleados y trabajadores oficiales del servicio de la administración nacional se liquida definitivamente cada año a partir del 1° de enero de 1969, la de los trabajadores particulares al vencimiento del contrato de trabajo, en cuantía equivalente a un mes de salario por cada año de servicios y en forma proporcional por las fracciones. Lo que significa que el procedimiento para liquidar la cesantía de los trabajadores particulares es es más favorable que el contemplado por el Decreto-ley 3118 de 1968 para los empleados y trabajadores oficiales que se encuentren al servicio de la administración nacional. Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 4° Del Decreto-ley 1045 de 1978, en las convenciones colectivas de trabajo que se celebren con los trabajadores oficiales que estén vinculados a la Nación y a sus entidades descentralizadas si es posible pactar que su cesantía se liquide conforme a lo dispuesto por el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo; este procedimiento les favorece más que el prescrito por los artículos 27 y 29 del Decreto-ley 3118 de 1968 y permite, por los mismo superar o exceder en favor de los trabajadores el mínimo legal.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1988).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo*

SALA DE CONSULTA

Referencia: Radicación 215 Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico sobre "liquidación de cesantías en entidades afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro -Decreto 3118 de 1968-

El señor Ministro de Desarrollo Económico envió a la Sala la siguiente consulta:

1- El Fondo Nacional del Ahorro, Establecimiento publico adscrito a este Ministerio fue creado mediante decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968.

2- El articulo 2o del citado Decreto establece que objetivos, estando señalados en sus primeros literales los de "Pagar oportunamente el auxilio de cesantías a empleados públicos y trabajadores oficiales " y "proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador".

3- El desarrollo de estos mandatos esta contenido en el capítulo IV del Decreto "Liquidación y pago cesantías" cuyo artículo 27 señala 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 anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varié la remuneración del respectivo empleado o trabajador".(subrayamos)

4- Asimismo, el artículo 3o del citado Decreto determina las entidades vinculadas el fondo y su obligatoriedad de entregar las cesantías así : "Deberían liquidarse y entregarse al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a las disposiciones del presente Decreto, las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencia, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional"(subrayamos).

5- De otra parte, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo determina la órbita de acción tanto de empleados públicos como trabajadores oficiales frente a la realización de convenciones colectivas de trabajo así "los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tiene (sic) todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores

y su (sic) pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga".

6- La norma antes transcrita otorga a los sindicatos de trabajadores oficiales todas las atribuciones de los sindicatos de sector privado, excepto en lo relativo a la prohibición de huelga, estando facultado a la luz del articulo 374 del Código Sustantivo del Trabajo numeral 2o., a "presentar pliegos de peticiones, relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los patronos, cualquiera que sea su origen y que no estén sometidos por la ley o la convención del procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios" (subrayamos).

7- Algunas empresas vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro, obligadas a entregarles su cesantías conforme a las disposiciones del artículo 3o. del Decreto 3118 de 1968 antes transcrito, han celebrado convenciones colectivas de trabajo estipulando el pago de las cesantías de sus trabajadores en idéntica forma a la establecida en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, un mes de salario por cada año de servicios, tomando como base el último salario devengado; trayendo como consecuencia la inaplicabilidad de las normas que rigen el Fondo Nacional del Ahorro en materia de liquidación de esta prestación, especialmente del artículo 27 del Decreto 3118 de 1968.

Como quiera que el ilustrado concepto de la Honorable Sala se hace necesario con el fin de evitar traumatismos en el desarrollo y cumplimiento de los objetivos para la cual fue creado al Fondo Nacional del Ahorro, me permito formular la siguiente

CONSULTA :

1- ¿Qué validez tienen los acuerdos particulares celebrados mediante convención colectiva de trabajo de entidades afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro, en cuanto hace relación a la forma de liquidación de cesantías, frente a las disposiciones legales pertinentes de su estatuto de creación (Decreto 3118 de 1968)?"

CONSIDERACIONES :

Las reglas generales fijadas por el Decreto 3118 de 1968, por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro y se regulan los aspectos propios del auxilio de cesantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales, comprenden los presupuestos legales de dicha prestación y de su reconocimiento, liquidación y pago.

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 numera el artículo 2°.

Esa liquidación comprende el auxilio de cesantía correspondiente a servicios prestados hasta el 31 de diciembre de 1968 o hasta fecha anterior, según el caso, en Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, según el artículo 26, como también comprende el que anualmente se cause en favor de los trabajadores y empleados de dichos organismos, a partir del 1o. de enero de 1969, según el artículo 27. La liquidación anual así pactada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varié la remuneración.

Si el respectivo empleado publico o trabajador oficial no estuviese conforme puede hacer uso de los recursos legales correspondientes y vencidos los términos establecidos para tales recursos, la liquidación queda en firme y contra ella no cabrá ninguna otra clase de acciones (artículo 30).

"Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado cuyos empleados y trabajadores no estuvieren afiliados a la Caja Nacional de Previsión deberán también consignar en el Fondo, intereses del (9) por ciento anual sobre el saldo de las cesantías que estuviese en su poder el 31 de Diciembre de cada año. Esta consignación se hará dentro de los tres (3) primeros meses del año siguiente" (artículo 50).

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 aquél, es indispensable que la respectiva empresa haya cumplido con la obligación de consignarla en dicho Fondo conforme a lo ordenado en las normas de la anterior reseña.

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, estas quedaron excluídas de tal obligación.

Correlativamente, los contratos de trabajo, o las situaciones de derecho que a partir de la expedición del Decreto 3118 de 1968 sean generadores de los créditos de cesantía, incorporan las reglas de liquidación y pago aplicables a tal auxilio y por consiguiente, en principio las solicitudes de reconocimiento y pago de la cesantía deben resolverse con fundamento en dicho Decreto y sólo por él han de regirse.

Es claro que mediante convención colectiva de trabajo puede establecerse un régimen de prestaciones sociales que supere las establecidas en la ley, porque estas constituyen para los trabajadores oficiales el mínimo de sus derechos de sus derechos y garantías y pueden ser aumentados mediante el mencionado pacto.(Articulo 4o. Decreto 1045 de 1976).

Según el artículo 27 del Decreto-ley 3118 de 1968, cada entidad, Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, establecimiento o empresa comercial del Estado, debe liquidar cada año al partir del 1o. de enero de 1968, con carácter definitivo, la cesantía de sus trabajadores. Para ello debe tomar como base de acuerdo con el artículo 29 *ibidem*, el promedio del salario mensual devengado en los últimos tres meses; pero si el salario es variable, se debe tomar como base, el promedio de "lo devengado en el año respectivo o en el tiempo servido, si éste fuere menor de un año"

El artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo prescribe que los patronos deben pagar a los trabajadores particulares "al término del contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año".

De lo expuesto se deduce que mientras la cesantía de los empleados y trabajadores oficiales al servicio de la administración nacional se liquida definitivamente cada año, a partir del 1o. de enero de 1969, la de los trabajadores particulares al vencimiento del contrato de trabajo, en cuantía equivalente a un mes de salario por cada año de servicios y en forma proporcional por las fracciones. Lo que significa que el procedimiento para liquidar la cesantía de los trabajadores particulares les es más favorable que el contemplado por el Decreto-ley 3118 de 1968 para los empleados y trabajadores oficiales que se encuentren al servicio de la administración nacional.

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 4o. del Decreto-ley 1045 de 1978, en las convenciones colectivas de trabajo que se celebren con los trabajadores oficiales que estén vinculados a la Nación y a sus entidades descentralizadas si es posible pactar que su cesantía se liquide conforme a lo dispuesto por el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo; este procedimiento les favorece más que el prescrito por los artículos 27 y 29 del Decreto-ley 3118 de 1968 y permite, por lo mismo, superar o exceder en favor de los trabajadores el mínimo legal.

SALA DE CONSULTA

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro de Reyes, Secretaria.

SUBSIDIO DE TRANSPORTE COLECTIVO / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / DERECHOS ADQUIRIDOS / DECAIMIENTO DEL ACTO

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 8 de septiembre de 1988, declaro inconstitucional del Decreto 588 de 1978, mediante el cual el Gobierno regulo "el subsidio al transporte colectivo urbano". La obvia e inmediata consecuencia de ese fallo, cualesquiera sean los criterios sobre sus efectos, es que el Decreto 588 de 1978 perdió toda vigencia y no puede cumplirse o ejecutarse desde el 9 de septiembre de 1988. Sin embargo, subsisten los actos,generales y particulares , expedidos con fundamento en el mencionado Decreto siempre que no hayan sido o sean anulados o revocados. En este mismo orden de ideas, los derechos constituídos durante la vigencia del Decreto 588 de 1978, mediante actos creadores de situaciones jurídicas particulares subsisten y pueden hacerse efectivos no obstante la declaratoria de inconstitucionalidad del mencionado decreto. Los mencionados actos también pueden ser demarcados y juzgados conforme a las disposiciones pertinentes del Decreto-Ley 01 de 1984. Sin embargo, los procesos en curso, los recursos pendientes o las meras expectativas no pueden resolverse o consolidarse con fundamento en el Decreto 588 de 1978, porque desde el 9 de septiembre de 1988, no pueden ser aplicado.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil

Santa Fe de Bogotá,D.E., seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho(1988)

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

SALA DE CONSULTA

Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico sobre consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 588 del 7 de abril de 1978. Radicación No. 254

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Desarrollo Económico hace a la sala en los siguientes términos textuales:

"De conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, respetuosamente me permito solicitar de ustedes su autorizado concepto en relación con la pregunta que en este escrito formularé.

"Para mayor precisión en el asunto materia de la consulta, tengo a bien hacer una breve reseña de las normas que se estiman pertinentes:

"El Decreto 588 del 7 de abril de 1978 "Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el subsidio de transporte Publico Colectivo Urbano", y que fué expedido con base en la Ley 15 de 1959 por el Gobierno Nacional, y que constituía el fundamento legal para la liquidación y el pago del subsidio al Transporte público Colectivo, cuando establecía en su articulo 1° siguiente:

"El Gobierno Nacional fijara las sumas mensuales que con sujeción a las apropiaciones presupuestales de cada vigencia, se pagara por concepto del subsidio de Transporte Publico Colectivo Urbano para compensar el valor total de la tarifa real que deberían pagar los usuarios de este servicio".

"El mismo Decreto 588/78, otorgaba a la Corporación Financiera del Transporte la administración del subsidio al transporte Publico Colectivo Urbano como de colige del articulo 4°,que a la letra decía: -"EL Subsidio de Transporte Publico Colectivo Urbano continuará siendo administrado por la Corporación Financiera del Transporte. El Gobierno Nacional reconocerá mensualmente a la Corporación Financiera del Transporte el costo de la administración del Subsidio. Parágrafo: A partir de la vigencia del presente Decreto y para el año de 1978 el Gobierno Nacional reconocerá a la Corporación Financiera del Transporte la suma de $800.00 mensuales por vehículo inscrito en el programa de subsidio".

"El Decreto citado también establecía los requisitos para inscripción en el programa y las sanciones que se imponían por irregularidades a los propietarios de vehículos inscritos en el programa del Subsidio.

"La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 8 de septiembre de 1988 declaró la inexequibilidad del Decreto 588 de 1978, al que nos hemos

venido refiriendo, y para esa fecha la Corporación Financiera del Transporte había emitido varios actos administrativos que denegaban el pago y/o imponían sanciones a los propietarios de los vehículos inscritos en el programa de subsidio por haberles hallado irregularidades en las cuentas de cobro presentadas, actos contra los cuales los afectados interpusieron los recursos de Ley a fin de agotar la vía gubernativa.

"Igualmente, La Corporación había encontrado irregularidades en otras cuentas, que le permitían a la luz del Decreto declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, formular glosas, en cuyo proceso estaba la entidad en el momento del fallo, encontrándose tan solo pendiente dictar el correspondiente acto que determinara la negativa del pago.

"Fuera de lo anterior, también existía en la contabilidad de la Corporación un saldo en el rubro "Depósitos para suscripción de acciones clase "A" por multas de subsidio al Transporte Público Colectivo Urbano, de conformidad con el Artículo 15, literal a) del citado Decreto 588/78, que preceptuaba: "Sin perjuicio de las acciones penales pertinentes,las inexactitudes en el registro de vehículos o en las cuentas de cobro por concepto de subsidio, se sancionarán mediante Resolución motivada, así:

"a) Por la primera vez, con la pérdida del derecho al subsidio hasta por tres (3) meses.

"b) En caso de reincidencia con la pérdida definitiva del derecho al subsidio.

"Parágrafo: La Corporación Financiera del Transporte podrá retener de los valores a pagar por concepto de subsidio al Transporte Público Colectivo Urbano, las sumas cobradas indebidamente, sin perjuicio de las indemnizaciones ordenadas por la justicia ordinaria".

"Por último, en la fecha que quedó en firme el fallo de la Corte Suprema de Justicia 9 de septiembre de 1988, la Corporación tenía pendiente de cancelar a los propietarios de buses inscritos en el programa de subsidio, las sumas correspondientes a los períodos comprendidos entre sumas correspondientes a los períodos comprendidos entre el 25 de junio al 24 de julio, del 25 de julio al 24 de agosto y del 24 de agosto al 9 de septiembre del presente año. Además el Gobierno Nacional adeuda a la Corporación por concepto de la comisión por la administración del subsidio correspondiente a los años 1987 y lo que va corriendo del presente año hasta la fecha del fallo; comisión está que también se encontraba establecida en el tantas veces mencionado Decreto 588/78; en su artículo 4° transcrito anteriormente.

"Por lo anteriormente expuesto, se solicita a la Honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

"¿Cómo debe proceder la Corporación Financiera del Transporte S.A., en las actuaciones administrativas que se encontraban en trámite en la fecha en que se declaró la inexequibilidad del Decreto 588 del 7 de Abril de 1978?".

LA SALA CONSIDERA:

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 8 de septiembre de 1988, declaró inconstitucional el Decreto 588 de 1978, mediante el cual el gobierno reguló "el subsidio al transporte colectivo urbano".

La obvia e inmediata consecuencia de ese fallo, cualesquiera sean los criterios sobre sus efectos, es que el Decreto 588 de 1978 perdió toda vigencia y no puede cumplirse o ejecutarse desde el 9 de septiembre de 1988.

Sin embargo, subsisten los actos, generales y particulares, expedidos con fundamento en el mencionado decreto, siempre que no hayan sido o no sean anulados o revocados.

En este mismo orden de ideas, los derechos constituídos durante la vigencia del Decreto 588 de 1978, mediante actos creadores de situaciones jurídicas particulares, subsisten y pueden hacerse efectivos, no obstante la declaratoria de inconstitucionalidad del mencionado Decreto.

Los mencionados actos también pueden ser demandados y juzgados conforme a las disposiciones pertinentes del Decreto-Ley 01 de 1984.

Sin embargo, los procesos en curso, los recursos pendientes o las meras expectativas no pueden resolverse o consolidarse con fundamento en el Decreto 588 de 1978 porque, desde el 9 de septiembre de 1988, no puede ser aplicado.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

EMPLEADO PUBLICO / SECUESTRO / FUERZA MAYOR / RELACION LABORAL - Terminación / MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

A la esposa del educador o, en su caso, a los beneficiarios en el orden señalado en la ley, puede el Ministerio de Educación Nacional ordenar la cancelación de los salarios y prestaciones correspondientes, a partir del día en que se produjo el secuestro, o sea el 13 de diciembre de 1987 y hasta por dos (2) años. Vencido este término sin que el educador secuestrado aparezca, o se tenga conocimiento de su muerte, la Administración deberá declarar definitivamente que ha desaparecido, para efectos de la terminación de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales consolidadas. Como lógica consecuencia de lo expresado en el punto anterior, carece de sentido esperar a que se produzca la declaración judicial de muerte por desaparecimiento, de que trata el Capítulo III, Título II, del Libro 1o. del Código Civil, por cuanto esta decisión judicial no tiene conexidad jurídica con el caso materia de la consulta.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la legalidad del pago de salarios a la esposa de un educador secuestrado. Radicación No. 253.

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Manuel Francisco Becerra Barney, formula a la Sala la Consulta que está concebida en los términos siguientes:

SALA DE CONSULTA

1. El docente EFRAIN PEÑA REYES, profesor del Externado Nacional "Camilo Torres" presuntamente fue secuestrado en la población de Sasaima, Cundinamarca, el día 13 de diciembre de 1987.

2. Mediante oficio suscrito por el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, fechado febrero 15 del año en curso, se certifica que el mencionado educador fue secuestrado el dia 13 de diciembre de 1987.

3. Dentro de las diligencias administrativas adelantadas por el Ministerio, se logró establecer que el citado educador tiene doble vinculación de tiempo completo con el Estado, lo cual originó el respectivo informe a la Procuraduría General de la Nación, sin que hasta la fecha este organismo se haya pronunciado al respecto.

CONSULTA:

1. Como la señora ROSA EMMA VASQUEZ DE PEÑA, esposa del mencionado educador, mediante oficio de febrero 12 del presente año, solicitó se le cancelen los sueldos a que según ella tiene derecho su esposo; se pregunta : ¿ puede este Ministerio ordenar tal cancelación, apartándose de lo ordenado en el artículo 1o. del decreto 1647 de 1967 ?

2. Ante lo anterior, conforme a lo señalado en el artículo 96 y s. s. del Código Civil se pregunta: ¿ debe esperarse a que se profiera sentencia judicial que decida MUERTE POR DESAPARECIMIENTO, para proceder a cancelar a los herederos presuntivo del desaparecido, los emolumentos a que haya lugar ?

SE CONSIDERA Y RESPONDE:

De los planteamientos del señor Ministro de Educación Nacional se deduce que la esposa del docente Efraín Peña Reyes, solicita se le pague la remuneración de su esposo, correspondiente al período en que ha estado secuestrado, o sea a partir del 13 de diciembre de 1987. Hace notar, además, que contra el mencionado educador se adelanta un proceso disciplinario en la Procuraduría, General de la Nación por presunta doble vinculación laboral de tiempo completo con el Estado.

El decreto 1647 de 1967, que reglamenta los pagos a los servidores del Estado, dispone en sus primeros artículos:

ARTICULO PRIMERO.- Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales

del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial distrital municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos,los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponda la vigilancia fiscal.

ARTICULO SEGUNDO.- Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

De la norma transcrita se deduce que la remuneración deviene como una obligación del Estado por los servicios que efectivamente presten sus empleados y trabajadores.

Pero por vía de excepción, la Administración debe pagar a sus servidores los salarios correspondientes al cargo que desempeñan, sin que éstos hayan realmente laborado, en los casos previstos en la ley.

Es precisamente lo que el decreto denomina "justificación legal" caso en el cual los funcionarios competentes deberán ordenar el pago por sueldos u otra forma de remuneración.

En los casos ordinarios de justificación legal, es decir, cuando la ley autoriza expresamente el pago, no se presenta dificultad para el ordenador. Tal ocurre, por ejemplo, con las licencias por enfermedad y maternidad, las vacaciones, los permisos y las comisiones.

Al margen de la regulación ordinaria de la ley respecto de las circunstancias en las cuales el pago se justifica aunque el empleado oficial no hubiere efectivamente trabajado, existen hechos de características extraordinarias, en los que el servidor publico es alejado contra su voluntad del cumplimiento de sus deberes laborales.Tal es el caso del secuestrado, delito gravísimo por atentar como pocos contra la dignidad humana y producir honda conmoción en la familia y la sociedad.

Las consecuencias laborales del delito de secuestro cometido en la persona de un empleado oficial, no se encuentran determinadas en la ley, y podría inducir a pensar que por este motivo el servidor publico y su familia quedan desprotegidos, pues no seria posible hacer erogación alguna del Erario tendiente a satisfacer el pago de sueldo y prestaciones, durante el tiempo en que permanezca en poder de sus captores.

Sin embargo, ciertos principios de jerarquía constitucional, las reglas de hermenéutica jurídica contenidas en la ley 153 de 1887 y la noción de fuerza mayor o caso fortuito, permiten llegar a conclusiones satisfactorias que, sin desvirtuar el espíritu del legislador en la regulación de las relaciones laborales, al mismo tiempo mantengan el imperio de la equidad y la justicia.

En tal sentido conviene señalar que la misión suprema de nuestro Estado es la de proteger a todas las personas residente en Colombia, en sus vidas, honra y bienes (artículo 16 de la Constitución), de donde surge el trabajo como una obligación social que gozará de la especial protección del Estado (artículo 17, *ibídem*); que la finalidad primordial del Código Sustantivo del Trabajo (y en general del Derecho Laboral) es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social (artículo 1o., *ibídem*); y que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, deberán aplicarse las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho (artículo 8o. de la ley 153 de 1887).

Por otra parte, la noción de fuerza mayor o caso fortuito es definida por el artículo 1o. de la ley 95 de 1890 como "el imprevisto a que no es posible resistir ". A título enunciativo, la citada ley menciona: un naufragio, un terretomoto, el apresamiento del enemigo y los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

El secuestro coloca a la víctima en estado de indefensión, imposibilitándola para expresar su voluntad y libre albedrío y, por ende, para el cumplimiento de sus obligaciones laborales en relación con el patrono. Como consecuencia, ese hecho delictuoso mal puede conducir a la terminación o ruptura del vínculo contractual laboral o de la situación reglamentaria en que se encontraba el trabajador. Y por cuanto la relación contractual o reglamentaria subsiste, sin que pueda hablarse de suspensión de la misma, debe corresponder igual salario a quien estaba dedicado a servir al patrono con su fuerza de trabajo.

Con el fin de dar un tratamiento especial a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el Gobierno dictó en el año de 1984 los decretos - leyes 89, 2062 y 2063, reorgánicos de la Carrera y en donde se contemplan los casos en los cuales hubieren sido hechos prisioneros o desaparecieron en misión del servicio o en cualquiera otra circunstancia. En el primer caso, los beneficiarios recibirán el 75% de "los haberes que le correspondan" al oficial suboficial o agente, y el 25% lo recibirán éstos al ser puestos en libertad o durante su prisión,. si ello fuera posible. En el segundo

caso, los beneficiarios continuarán percibiendo de la Pagaduría respectiva " la totalidad de los haberes" del oficial, suboficial o agente, hasta por un término de dos (2) años; vencido este lapso, se declarará definitivamente desaparecido, se dará de baja por presunción de muerte y se procederá a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales ya consolidadas en cabeza del desaparecido, equivalentes a las de muerte en actividad, previa alta de tres (3) meses para la formación de la hoja de servicios.

Teniendo pues en consideración los principios enunciados, las características del secuestro en relación con la actividad del servidor público, y la aplicación al caso materia de la consulta de leyes que regulan materias semejantes,

LA SALA RESPONDE:

1. A la esposa del educador Efraín Peña Reyes o, en su caso, a los beneficiarlos en el orden señalado en la ley, puede el Ministerio de Educación Nacional ordenar la cancelación de los salarios y prestaciones correspondientes, a partir del día en que se produjo el secuestro, o sea del 13 de diciembre de 1987 y hasta por dos (2) años. Vencido este término sin que el educador secuestrado aparezca, o se tenga conocimiento de su muerte, la Administración deberá declarar definitivamente que ha desaparecido, para efectos de la terminación de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales consolidadas.

2. Como lógica consecuencia de lo expresado en el punto anterior, carece de sentido esperar a que se produzca la declaración judicial de muerte por desaparecimiento, de que trata el Capítulo III, Título II, del Libro 1o. del Código Civil, por cuánto esta decisión judicial no tiene conexidad jurídica con el caso materia de la consulta.

Transcríbase al señor Ministro de Educación Nacional, por conducto de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República (artículo 112 del Código Contencioso Administrativo).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO / SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL / COMPETENCIA / BANCO NACIONAL - Liquidación

En el proceso administrativo de liquidación del Banco Nacional existen partes que, defienden intereses contrapuestos, acerca de los cuales tanto la Superintendencia Bancaria como el Banco de la República y el Banco intervenido, han expresado sus argumentos; y de conformidad con los decretos 2216 y 2217 de 1982, que adoptan medidas para proteger a los depositantes de los establecimientos bancarios y el trámite a seguir para la devolución de los depósitos y de los bienes que no integran la masa de liquidación, eventualmente puede presentarse la intervención de autoridades judiciales. Es racional deducir, por consiguiente, que la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda excede la órbita de competencia de la Sala. De ahí que se inhiba para responderla.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Bogotá, D.E., siete (7) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 257.Consulta sobre la forma de restituir un depósito en moneda extranjera constituido por el Banco de la República en un establecimiento bancario que se encuentra actualmente en proceso de liquidación.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, invocando la facultad que el artículo 98, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, confiere al Gobierno, ha sometido a la consideración de la Sala la siguiente consulta :

1. Los depósitos que constituye el Banco de la República en los establecimientos de crédito, por mandato del artículo 35 del decreto ley 444 de 1967, como administrador de las reservas internacionales del país y con cargo a éstas, deben ser restituidos en la misma moneda en que se constituyen ?

2. Para el caso particular del Banco intervenido, hoy en liquidación, debe éste restituir tales depósitos en la misma moneda en que fueron constituidos, es decir, en divisas expresadas en dólares americanos, o en moneda legal colombiana y, en este último caso, a qué tasa de cambio ?

3. Si frente al depósito constituido por el Banco de la República en el establecimiento de crédito intervenido, en cuantía de US $ 5.500.000, es aplicable a (sic) la circular externa D.N. 020 de 1983 (marzo 9) expedida por la Superintendencia Bancaria.

Previamente, el señor Ministro hace algunas consideraciones sobre el régimen de cambios internacionales establecido por el decreto ley 444 de 1967, la facultad que el artículo 35 del mismo decreto otorgó al Banco de la República para constituir depósitos en moneda extranjera en los establecimientos de crédito, y la reglamentación de estos depósitos contenida en la Resolución 47 de 1979, expedida por la Junta monetaria.

Por lo demás, a la consulta se acompaña un resumen de los argumentos que con respecto al tema planteado, han expuesto el Banco de la República, la Junta Monetaria, la Superintendencia Bancaria y el Banco Nacional, que es el banco intervenido y en proceso de liquidación.

SE CONSIDERA

El Código Contencioso Administrativo, en su artículo 98, numeral 2, otorga al Consejo de Estado, por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, la atribución de absolver las consultas jurídicas de orden administrativo, generales o particulares, que le someta el gobierno a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia.

La anterior disposición, a su vez, es desarrollo del artículo 141 de la Constitución Política, en cuyo ordinal 1o. Se establece como atribución del Consejo de Estado la de

Actuar como cuerpo supremo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen.

SALA DE CONSULTA

La consulta que formula a la Sala el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público versa sobre aplicaciones jurídicas de un proceso administrativo de liquidación de un establecimiento bancario, que adelanta la Superintendencia Bancaria; la forma de hacer la devolución de un depósito en moneda extranjera constituido por el Banco de la República y la tasa de cambio aplicable; y la incidencia frente al depósito constituido en dólares americanos, de una circular expedida por la Superintendencia Bancaria.

En el proceso administrativo de liquidación del Banco Nacional existen'; partes que defienden intereses contrapuestos, acerca de los cuales tanto la Superintendencia Bancaria como el Banco de la República y el Banco intervenido, han expresado sus argumentos; y de conformidad con los decretos 2216 y 2217 de 1982, que adoptan medidas para proteger a los depositantes de los establecimientos bancarios y el trámite a seguir para la devolución de los depósitos y de los bienes que no integran la masa de liquidación, eventualmente puede presentarse la intervención de autoridades judiciales.

Es racional deducir, por consiguiente, que la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda excede la órbita de competencia de la Sala. De ahí que se inhiba para responderla.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (artículo 112 del Código Contencioso Administrativo).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CORPORACION DE FERIAS Y EXPOSICIONES - Naturaleza Jurídica / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / ESTATUTOS - Reforma

La corporación de Ferias y Exposiciones es una sociedad de economía mixta que tiene aportes de entidades descentralizadas del orden nacional superior al noventa por ciento (90) del capital social, por este motivo debe efectuar inmediatamente las reformas estatutarias necesarias que le permitan someterse al régimen previsto en los Decretos-Leyes 1050 y 3130 de 1968, 130 de 1976, 1045 de 1978 y demás normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Santa Fe de Bogotá D.E., diez (10) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Consulta Rad No.264 Corporación de Ferias y Exposiciones S.A., régimen legal aplicable.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez hechas las consideraciones que se enuncian a continuación, formula a la Sala la siguiente consulta:

El Decreto 1772 de 1954 creó la Corporación de Ferias y Exposiciones, cuando en su artículo 1o. preceptuaba "con el fin de promover el desarrollo y conocimiento de la riqueza industrial, agrícola y pecuaria del país, mediante la realización de Ferias y Exposiciones Nacionales e Internacionales, créase la Corporación de Ferias y Exposiciones".

En el Decreto citado anteriormente, se fijaron las funciones generales que adelantaría la Corporación, igualmente estableció los órganos de administración y la conformación de la Junta Directiva.

Por escritura pública No. 3640 de 1955, de la Notaría Segunda de Bogotá, se constituyó una Sociedad Anónima que en el Capítulo I, artículo 1°. y 2°. dice: Artículo 1°.: Naturaleza y Especie "La Sociedad es de naturaleza comercial y de la especie de las anónimas. Artículo 2°., Denominación Social: La sociedad se denomina Corporación de Ferias y Exposiciones S.A.".

Los anteriores estatutos fueron modificados en forma parcial para ampliar el objeto de la Corporación y aumentar el capital de la misma, lo cual se efectuó por Escritura Pública No. 3840 del 16 de agosto de 1967, de la Notaría Décima de Bogotá.

En 1970, se produjo una nueva reforma a los estatutos de la Corporación para dar cumplimiento con lo dispuesto por el Decreto 3130 de 1968, lo que se realizó a través de la Escritura Pública No. 7679 del 28 de Diciembre de 1970, de la Notaría Primera de Bogotá, que estableció en su capítulo I, lo siguiente: "Artículo 1°.: La Corporación de Ferias y Exposiciones S.A., es una sociedad de economía mixta del orden nacional y del tipo de las anónimas comerciales".

Posteriormente se realizó otra reforma a los estatutos de la Corporación, la cual quedó plasmada en la Escritura Pública No. 444 del 19 de febrero de 1975 de la Notaría Primera de Bogotá, que en su Capítulo I, Artículo 1°., estableció "La Sociedad Comercial Anónima, que es de economía mixta de carácter nacional, se denominará Corporación de Ferias y Exposiciones S.A...".

Las demás reformas estatutarias, han consistido en aumento de capital social, el cual se encuentra conformado en más de un 90% por dinero estatal, ya que los socios de la entidad son el Instituto de Fomento Industrial IFI, el Banco Popular que ingresó en el año 1960, cuando recibió como donación en pago de la Asociación Colombiana de Pequeños Industriales ACOPI, las acciones que esta poseía en la Corporación de Ferias y Exposiciones S.A., y el 3% de capital privado.

El artículo 8°., del Decreto 1050 de 1968, establece: De las Sociedades de Economía mixta. Son organismos constituídos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del Decreto Privado, salvo las excepciones que consagre la ley...".

El Decreto 3130 de 1968, en su artículo 3°., señala : del régimen jurídico para algunas sociedades de economía mixta. Las sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten a régimen previsto para las Empresas Industriales o Comerciales del Estado".

Más adelante el mismo Decreto en su artículo 4°., inciso 3°. dice: "De las entidades descentralizadas indirectas... 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 harán inmediatamente, si fuere el caso, las reformas estatutarias que las someten al régimen que les corresponda conforme al Decreto 1050 de 1968 y al presente decreto. Parágrafo: Los supremos órganos directivos de las personas jurídicas existentes, que hayan resultado de las participaciones contempladas en el presente artículo, procederán a definir la naturaleza de dichas entidades y en el orden al cual pertenecen, conforme al inciso 1°., de la misma disposición.".

Como se observa de las normas anteriormente transcritas y de los estatutos que han regido y rigen en la actualidad a la Corporación de Ferias y Exposiciones S.A., existe un vacío en relación al régimen jurídico que se debe aplicar a la entidad.

SE CONSULTA:

Cual debe ser el régimen legal aplicable a la Corporación de Ferias y Exposiciones S.A., si el de las sociedades de economía mixta con régimen de empresa Industrial y Comercial del Estado, o si por el contrario se debe aplicar el régimen de las sociedades de Derecho Privado?

LA SALA CONSIDERA:

1. La Corporación de Ferias y Exposiciones fué creada por el Decreto-ley 1772 de 1954 con el "fin de promover el desarrollo y conocimiento de la riqueza industrial, agrícola y pecuaria del país, mediante la realización de Ferias y Exposiciones Nacionales e Internacionales..." (Art.1°.); el artículo 4°., de la misma norma, dispuso que la entidad se organizara con aportes de la Nación y de la Asociación Colombiana de Pequeños Industriales (ACOPI).

2. El Decreto-ley 986 de 1955, autorizó a la Corporación de Ferias y Exposiciones "para transformarse en entidad de derecho privado de naturaleza comercial, con el carácter de sociedad anónima" (Art. 1°.), cediendo los aportes de la Nación, en dicha sociedad, al Instituto de Fomento Industrial.

3. Por escritura pública número 3640 de 1995, de la Notaría Segunda de Bogotá, se reorganizó la corporación mencionada en sociedad anónima, participando como accionistas el Instituto de Fomento Industrial y varios particulares.

4. De conformidad con los expuesto en la consulta por el señor Ministro de Desarrollo Económico, el Banco Popular en el año 1960 entró a formar parte de la sociedad citada, por cuanto recibió como dación en pago las acciones que poseía la Asociación de Pequeños Industriales -ACOPI- en la Corporación de Ferias y Exposiciones; de esta manera, y según se deduce de las fotocopias informales de escrituras públicas y del acta de la Asamblea General de Accionistas de la Corporación celebrada el 30 de marzo de 1987, dos entidades públicas adquieren más del 90% del capital social de la mencionada sociedad: El Instituto de Fomento Industrial y el Banco Popular.

5. El artículo 8o., del Decreto-ley 1050 de 1968 dispone que las sociedades de economía mixta son organismos constituidos como sociedades comerciales con aportes del Estado y de los particulares para desarrollar actividades industriales o comerciales conforme a las disposiciones del derecho privado, creados por ley o autorizados por ésta.

6. El último inciso, del artículo 4°., del Decreto-ley 3130 de 1968 provee que "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 harán inmediatamente, si fuere el caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al decreto número 1050 de 1968 y al presente decreto".

7. El artículo 3°., de los Decretos 3130 de 1968 y 130 de 1975 determinan que las sociedades de economía mixta en las que la nación o sus entidades descentralizadas posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se sujetan a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

CON FUNDAMENTO EN LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES LA SALA RESPONDE:

1. La Corporación de Ferias y Exposiciones se organizó inicialmente como una entidad oficial con fundamento en lo dispuesto por el Decreto-ley 1772 de 1954, con aportes de la Nación y los particulares, sin embargo, posteriormente el Decreto 986 de 1955 autorizó a la Corporación para transformarse en entidad de derecho privado, reforma que se efectuó mediante escritura pública número 3640 de 1955. Después de transcurridos algunos años

el Banco Popular, entidad pública, adquirió un gran número de acciones en la mencionada sociedad, y junto con el Instituto de Fomento Industrial-otra entidad descentralizada de la nación-, alcanzaron un aporte superior al noventa por ciento (90%) del capital social de dicha entidad. En esa época la legislación no había determinado la organización administrativa descentralizada del país y, por lo mismo, la sociedad siguió rigiéndose por el derecho privado, pero en el año 1968 la reforma constitucional y administrativa reguló lo relativo a la descentralización administrativa por servicios que puede manifestar únicamente a través de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta (ordinal 1°, artículo 76, de la Constitución Nacional).

De esta manera, la Corporación de Ferias y Exposiciones debió darle cumplimiento inmediato a lo ordenado por el inciso 3°, del artículo 4°., del Decreto-ley 3130 de 1968, reformar sus estatutos y someterse al régimen de derecho público que le corresponde, de empresa industrial y comercial del Estado.

2. Por lo expuesto y, tomando en consideración las afirmaciones que el señor Ministro de Desarrollo hizo en la consulta, la Sala concluye que la Corporación de Ferias y Exposiciones es una sociedad de economía mixta que tiene aportes de entidades descentralizadas del orden nacional superior al noventa por ciento (90%) del capital social, por este motivo debe efectuar inmediatamente las reformas estatutarias necesarias que le permitan someterse al régimen previsto en los Decretos-ley 1050 y 3130 de 1968, 130 de 1976, 1045 de 1978 y demás normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE** la consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA / PERSONAL DOCENTE / PRESTACIONES SOCIALES / CONGRESO / COMPETENCIA / CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Facultades

El acuerdo 0051 de 1988, expedido por el Consejo Superior de la universidad Surcolombiana, mencionado en la consulta, requiere para su validez la aprobación del Gobierno Nacional, de conformidad con lo ordenado por artículo 120 del decreto-ley 80 de 1980, tal como lo indicó anteriormente. Esto significa que como dicho acuerdo no puede entrar a regir sin la aprobación del Gobierno Nacional, la revocatoria que el mismo hizo de los acuerdos anteriores no tiene ninguna validez, mientras no se cumpla con la formalidad mencionada. Por lo mismo, dichos acuerdos subsisten y rigen mientras no sean revocados por la administración, o suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil -
Bogotá D.E., veinte (20) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad No. 280. La Universidad Surcolombiana, reconocimiento de prestaciones al personal docente.

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Manuel Francisco Becerra Barney, eleva a la Sala una consulta que se transcribe a continuación:

1. Mediante la ley 55 de diciembre 17 de 1968 se creó el Instituto Universitario Surcolombiano, precisándose su naturaleza jurídica y su función educativa y determinándose su organización académica, administrativa y fiscal.

El Consejo Directivo del Instituto expidió con fecha 17 de diciembre de 1975 el Acuerdo número 037 por el cual se determina reorganizar la carrera de profesorado, se reglamentó el escalafón del mismo y se derogó el Acuerdo número 025 de 1971.

El precitado Acuerdo 037 estableció los siguientes reconocimientos prestacionales para el personal docente del instituto:

a) Un auxilio de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) para cubrir gastos de transporte de equipaje y de la familia del docente contratado dentro del territorio nacional (literal b. del Artículo 20).

b) Una prima de servicios equivalente a un (1) mes por año de servicio o proporcionalmente al tiempo servido (literal c. *ibídem*).

c) Quince (15) dias hábiles de vacaciones después del primer semestre académico y quince (15) dias hábiles más al finalizar el segundo semestre.

d) Una prima especial a docentes distinguidos por sus cualidades humanas, docentes y de servicio universitario además hayan prestado sus servicios como Profesores de Tiempo Completo durante cinco (5) o más años (Artículo 33, ibídem).

Mediante la Ley 0013 de enero 30 de 1976 se dispuso transformar el Instituto Surcolombiano (ITUSCO) en Universidad Surcolombiana, definiéndose la naturaleza jurídica, la organización administrativa y la estructura académica de la institución y estableciéndose en el parágrafo 3o. del Artículo 2o. que todos los derechos y obligaciones, bienes y acciones, así como las apropiaciones que figuraban a nombre del ITUSCO pasaran a nombre de la Universidad. Fué así como el Acuerdo 037 de 1975 comenzó a aplicarse en el ámbito de la Universidad Surcolombiana.

Ahora bien, el artículo 3o. del Decreto 1045 de junio 7 de 1978 por el cual se fueron las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, consagró que las prestaciones con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se habían otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores, continuarían reconociéndose y pagándose se en los mismos términos.

El 22 de enero de 1980 se expidió el Decreto Extraordinario 80, por el cual se organizó el Sistema de Educación Post-Secundaria cuyas disposiciones constituyen el estatuto básico u orgánico de las Instituciones Oficiales de

Educación Superior, en virtud de la modificación introducida en su Artículo 125 por la Ley 25 de abril 28 de 1987.

2. El 28 de octubre de 1983 se expidió por parte del Consejo Superior Universitario el Acuerdo 102 por el cual se hicieron algunas adiciones al Acuerdo 037 de diciembre 17 de 1975. El parágrafo 1o. del artículo 1o. de dicho acuerdo estableció que cualquier miembro del personal docente escalafonado podrá ser llamado a desempeñar cargos de dirección administrativa o de dirección académica (sic), conservando el goce de todos los derechos y garantías del personal docente.

Con la expedición del Acuerdo 0018 de abril 11 de 1986, el Consejo Superior Universitario dispuso hacer los siguientes reconocimientos al personal docente de la Universidad.

El cincuenta por ciento (50%) del costo de la prima anual correspondiente a un seguro de vida por valor de SEISCIENTOS MIL PESOS ($600. 000.oo) por cada profesor de tiempo completo y de medio tiempo, a partir del 1o. de julio de 1986 (Artículo 1o.).

b) Un auxilio de maternidad equivalente a la suma de VEINTICINCO MIL PESOS ($25.000.oo) para la docente o para la esposa o compañera del docente (Artículo 2o.).

c) Un auxilio funerario, reconocido inicialmente mediante el Acuerdo 032 de 1978, en cuantía de CINCUENTA MIL PESOS ($50.000.oo) (Artículo 3o.).

d) La suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS, ($150.000.oo) como auxilio para la Asociación de Profesores Universitarios (ASPU) del Huila (Artículo 8o.).

e) Una máquina de escribir eléctrica para el servicio de la ASPU (Artículo 10o.).

f) La asignación de un cupo de UN MIL (1.000) fotocopias anuales para el servicio de la ASPU (Artículo 9o.).

g) Comisión completa de hasta veinticinco (25) dias (sic) por un año a delegados de la ASPU - Huila para asistir a diversos eventos de carácter sindical a nivel nacional, como el pago de transporte aéreo cuando dichos eventos tuvieren lugar en departamentos diferentes a los del Huila, Tolima y Cundinamarca.

Conviene destacar que el 11 de agosto de 1988 fué expedido por parte del Consejo Superior el Acuerdo número 0051 por el cual se adoptó el Reglamento de Personal Docente en la Universidad Surcolombiana, en el Artículo 175 de este Acuerdo se dispuso la derogatoria del Acuerdo 037 de 1975 y demás normas contrarias; el Acuerdo 0051 de 1988 fué objeto de varias observaciones por parte del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), razón por la cual no fue, sometido a la aprobación del Gobierno Nacional.

En cuanto a los Acuerdos números 102 de 1983 y 018 de 1986 hay que precisar que éstos aún no han sido derogados, revocados o declarados nulos.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es nuestro deseo que sea el Honorable Consejo de Estado, Corporación de renombrada autoridad, quien conceptúe sobre la viabilidad jurídica de continuar efectuando reconocimientos prestacionales hechos por la Universidad Surcolombiana a su personal docente.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. La Universidad Surcolombiana, creada por la ley 13 de 1976, es un establecimiento público del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 50 del decreto-ley 80 de 1980 y, por lo mismo, sometida al régimen de los decretos 3130 y 1050 de 1968 y 1045 de 1978 y demás normas vigentes. Además, por ser una institución oficial de educación superior, se rige por las disposiciones del Decreto- ley 80 de 1980, por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria, de tal manera que su estatuto general y sus reglamentos internos deberán ajustarse a dichas normas (artículo 125 decreto-ley 80 de 1980).

2. El literal b), del artículo 59 y el artículo 120 del mencionado decreto-ley 80 de 1980, disponen que tanto el estatuto general de las universidades como el reglamento para el personal docente de las mismas, que adopte el Consejo Superior, deben ser aprobados por el Gobierno Nacional para su validez.

3. El artículo 97 del decreto citado dispone que los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial **son empleados públicos** de donde se deduce que por esa razón, les son aplicables las normas generales relativas a prestaciones sociales de los empleados públicos de la administración nacional. Los docentes de cátedra que presten sus servicios en las universidades oficiales, no tienen el carácter de empleados públicos ni trabajadores oficiales, pero se les reconocerán y pagarán las mismas prestaciones establecidas para los docentes de tiempo completo, proporcionales a las horas efectivamente dictadas (inciso 1o., artículo 98 del Decreto-ley 80 de 1980).

4. Corresponde exclusivamente al Congreso de la República, según el ordinal 9°, del Artículo 76 de la Constitución, fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados de la administración nacional, con fundamento en la cláusula general de competencia que tiene dicha corporación para dictar las leyes. Así mismo, sólo el Presidente de la República puede expedir decretos con fuerza de ley, relativos a dicho aspecto en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas *pro-tempore* por el Congreso, conforme lo prevee el inciso 12, del artículo 76 de la Constitución Nacional.

5. En este orden de ideas, se tiene, que las prestaciones de los docentes de las universidades oficiales, que como se dijo son empleados públicos, están fijadas por los decretos leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978, con excepción de las vacaciones que están reglamentadas por el Decreto-ley 80 de 1980 (literal k, artículo 101 y artículo 50 del decreto reglamentario 1848 de 1969).

6. El inciso 2o. del artículo 3o., del Decreto-ley 1045 de 1978 dispone que: "Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a esta decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos". De donde se deduce que, en el caso materia de la consulta, los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana antes de entrar en vigencia el mencionado decreto, continúan aplicándose en los mismos términos, siempre y cuando no hayan sido derogados por autoridad competente, ni suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso administrativa.

7. Como se indicó, corresponde al Congreso, según el artículo 76, ordinal 9o., de la Constitución, fijar las prestaciones sociales de los empleados de la administración nacional, y por consiguiente, el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana no tiene esa atribución; **sin embargo,** si dicho Consejo Superior expidió acuerdos, que prescriben un régimen de prestaciones sociales distintas a las establecidas en la ley, en fecha posterior a la cual entró en vigencia el decreto-ley 1045 de 1978, **tales actos subsisten** mientras no sean revocados por la administración o suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **es decir, que mantienen su vigencia y se les debe dar cumplimiento, porque están amparadas como todo acto administrativo con la presunción de legalidad.**

8. De otra parte, cabe anotar que el Acuerdo 0051 de 1988, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, mencionado en la consulta, requiere para su validez la aprobación del Gobierno Nacional, de conformidad con lo ordenado por el artículo 120 del decreto-ley 80 de 1980, tal como se indicó anteriormente. Esto significa que como dicho acuerdo no puede entrar a

regir sin la aprobación del Gobierno Nacional, la revocatoria que el mismo hizo de los acuerdos anteriores no tiene ninguna validez, mientras no se cumpla con la formalidad mencionada. Por lo mismo, dichos acuerdos subsisten y rigen mientras no sean revocados por la administración, o suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por lo anterior,

LA SALA RESPONDE

Que la Universidad Surcolombiana debe continuar efectuando el reconocimiento y pago de las prestaciones fijadas **en los acuerdos vigentes** expedidos por el Consejo Superior de la Universidad, a su personal docente, mientras no hayan sido revocados por la administración, o suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En los anteriores términos, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE** la consulta planteada por el señor Ministro de Educación Nacional, doctor Manuel Francisco Becerra Barney, en relación al reconocimiento de prestaciones al personal docente de la Universidad Surcolombiana.

Transcríbase en copia auténtica, al señor Ministro de Educación Nacional.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

ICA / FONDO ROTATORIO - Creación / LEY DE AUTORIZACION

La Sala estima que el Instituto Colombiano Agropecurario, mientras no sea autorizado por la ley para crear fondos como sistemas de manejo de cuentas de parte de sus bienes o recursos, no puede expedir ningún acto que tenga como objetivo la creación y organización de dichos fondos.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Bogotá D.E., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989)

Consejero ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: CONSULTA RAD No.288 Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-, facultad de crear Fondos Rotatorios.

El señor Ministro de Agricultura doctor Gabriel Rosas Vega, formula a la Sala una consulta que se transcribe a continuación:

EL INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO "ICA", es un establecimiento público del orden nacional, creado y organizado conforme los Decretos 1562 de 1962, y 3116 de 1963, 2420 y 3120 de 1968, 133 de 1976 y 3136 de 1984, adscrito al Ministerio de Agricultura, con personería jurídica, **autonomía administrativa** y patrimonio independiente.

Dadas sus características especiales, funciona en forma **descentralizada**, con nueve (9) Gerencias Regionales, un buen número de Centros Regionales y Nacionales de Investigación, Centros de Diagnósticos y Oficinas locales.

En los últimos tiempos y, específicamente durante el actual Gobierno, la Administración del ICA, consciente del compromiso adquirido por el señor Presidente de la República en relación con el cambio social, erradicación de la pobreza absoluta y ejecución de la política de reconciliación, normalización y rehabilitación, ha emprendido las acciones conducentes al acondicionamiento institucional que permita llevar sus resultados de investigación y sus labores de fomento, difusión de tecnología y prestación de servicio, al mayor número de agricultores, creando y organizando 63 Centros Regionales de Capacitación, Extensión y Difusión de Tecnología CRECED, con el fin de asumir las nuevas responsabilidades asignadas por la Ley 12 de 1986 y el Decreto Reglamentario 77 de 1987, sobre descentralización, integración y participación local y comunitaria.

El ICA tiene como objetivo adelantar investigaciones y promover la aplicación de sus resultados con miras al desarrollo del Sector Agropecuario Nacional y como consecuencia lógica la descentralización de sus recursos físicos, humanos y **financieros.**

Para la descentralización de sus recursos financieros el ICA venía creando "Fondos Rotatorios", teniendo en cuenta que el Instituto desarrolla su gestión en todo el territorio nacional y que por la ubicación geográfica de sus programas y sedes locales de trabajo, los gastos que ellos demandan no pueden someterse al trámite ordinario, basado en las Resoluciones 10727 de 1984 y 012449 de 1988 (Estatuto Fiscal del ICA) de la Contraloría General de la República, en las cuales se contempla la creación de "Fondos Rotatorios".

A mediados del año 1988, la Auditoría General ante el ICA, se abstuvo de refrendar la creación de nuevos Fondos, basada en un concepto del Subdirector de Ejecución Presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que en su parte pertinente dice lo siguiente:

"..... Ahora bien, respecto de la proliferación de Fondos Rotatorios Cuenta en los Establecimientos Públicos, con el propósito de restringir esta modalidad de ejecución presupuestal, el Congreso Nacional en la Ley 50 de 1987 contentiva del presupuesto de los Establecimientos Públicos Nacionales, ordenó en el artículo 5° en forma expresa lo siguiente: "No se podrán crear Fondos Especiales en una entidad **sin norma legal que los autorice**, y operarán con estricta sujeción a las disposiciones sobre el control administrativo y Fiscal del presupuesto." Por tal razón queda despejada su inquietud sobre cómo restringir la proliferación de los citados Fondos y que para los organismos centrales nunca se ha concebido este

sistema y por ende no puede operar, y para los establecimientos públicos viene presentándose una disposición general dentro de cada ley anual de presupuesto que prohíbe el establecimiento de estos Fondos Cuenta si no existe una ley que los autorice."

Los "Fondos Rotatorios" que se han creado en el ICA, lo han sido mediante resoluciones expedidas por la Gerencia General (norma legal que los autoriza y con el cumplimiento de las disposiciones fiscales (Resoluciones Nos. 10727 de 1984 y 012449 de 1988 (Estatuto Fiscal del ICA).

La Ley 50 de 1987, se está refiriendo es a una norma legal, no a una ley.

Este Despacho considera que el Decreto-ley 3130 de 1968 expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias, con el fin de lograr una mejor orientación, coordinación y control de las entidades descentralizadas del orden nacional **sin perjuicio de su autonomía administrativa,** contempló en su artículo 2°, la posibilidad de crear "Fondos" como "un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo (descentralizado del orden nacional) para el cumplimiento de los objetivos contemplados en al acto de su creación (acto administrativo que crea el Fondo, no acto de creación del organismo) y cuya administración se hace en los términos en éste señalados". (Paréntesis nuestro).

Si no fuera así sobraría el inciso segundo del mismo artículo que explica cuando los "Fondos", lleven o no la denominación de "FONDOS ROTATORIOS" son establecimientos públicos, al preceptuar: "cuando a dichas características se sume la personería jurídica, las entidades existentes y las que se creen conformes la ley, lleven o no la mención concreta de "Fondos Rotatorios" son establecimientos públicos".

Hay que distinguir pues entre "Fondos Rotatorios" creados por un organismo descentralizado del orden nacional, como un sistema de manejo de cuentas de parte de sus bienes o recursos, mediante un acto administrativo y "Fondos" llámense rotatorios o no, de creación legal. Los primeros cuentan con autorización legal para su creación (Decreto-ley 3130 de 1968, artículo 2°), como un sistema de manejo de parte de sus bienes o recursos. Los segundos deben ser creados por la ley y son establecimientos públicos y por lo tanto cuentan con personería. Ejemplos: FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

Se consulta:

Puede el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO "ICA" crear "Fondos Rotatorios", mediante un acto administrativo, para el manejo de sus recursos financieros en forma descentralizada, dadas sus características especiales, basado en las disposiciones anteriormente mencionadas?

LA SALA CONSIDERA:

1. El artículo 2° del Decreto-ley 3130 de 1968, definió los Fondos como "un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en este señalados.

"Cuando a dichas características se sume la personería jurídica, las entidades existentes y las que se creen conforme a la ley, lleven o no la mención concreta de "fondos rotatorios", son establecimientos públicos."

De la norma transcrita se deduce que existen dos clases de fondos, a saber:

a) Los creados únicamente para manejar cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, con objetivos determinados en el acto de su creación, permitiendo de esa manera, la agilización de la ordenación de gastos y la adecuada destinación de los recursos de las entidades descentralizadas.

b) Los creados con personería jurídica, que son verdaderas entidades descentralizadas, en este caso, establecimientos públicos, que se organizan con fines específicos, "encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público" (artículo 5°, decreto ley 1050 de 1968).

2. Respecto de los fondos constituídos como establecimientos públicos, se tiene que una vez producida la reforma constitucional de 1968, se determinó que su creación debía efectuarse por el legislador (ordinal 9o., artículo 76 Constitución Nacional y artículo 5° Decreto-ley 1050 de 1968) sin que sobre este aspecto haya surgido alguna duda.

3. En cuanto a los fondos constituidos como sistema de manejo de cuentas de parte de bienes o recursos de una entidad descentralizada, que no ostenten

personería jurídica, el Decreto-ley 3130 de 1968 se limitó a definirlos pero nada previó en relación con su creación, de suerte que pudo entenderse que ésta correspondía al Jefe del organismo que necesitaba la desconcentración del manejo de algunos de sus bienes y recursos.

Sin embargo, la ley 50 de 1987, "sobre presupuesto de rentas, recursos y gastos de los establecimientos públicos nacionales, para el año fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 1988" prescribe en el artículo 5 ° que "no se podrán crear fondos especiales en una entidad sin norma legal que los autorice y operarán con estricta sujeción a las disposiciones sobre el control administrativo y fiscal del presupuesto.

"Cuando en virtud de normas legales se hubieren creado fondos sin personería jurídica constituidos como sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos propios de un establecimiento público, tales organismos se sujetarán a las normas establecidas en el Decreto 757 de 1984".

Igual disposición contempla el artículo 5° de la ley 59 de 1988 que regula lo relativo al presupuesto de los establecimientos públicos del orden nacional para el año fiscal de 1989.

4. Del examen de las normas mencionadas se deduce que el legislador ha querido controlar el manejo de los bienes y recursos de los establecimientos públicos, evitando, por lo mismo, que se creen fondos como sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos propios de un establecimiento público, sin consultar las verdaderas necesidades de tales organismos, produciéndose un exagerado e innecesario número de fondos especiales, que a la postre puede producir una inadecuada utilización del presupuesto de las entidades públicas, entre otras razones, por ser varias personas las que manejan los bienes y recursos de un organismo. Sólo cuando la ley autorice la creación de los mencionados fondos especiales como sistema de manejo, pueden los establecimientos públicos expedir los actos necesarios para su creación y su organización.

5. De tal manera que la mencionada autorización legal para la creación de fondos especiales en relación con el manejo de cuentas de parte de bienes o recursos de un organismo, puede encontrarse en la ley que crea el correspondiente establecimiento público o en ley especial expedida con tal finalidad.

En el caso materia de la consulta se tiene que, el Instituto Colombiano Agropecuario, no fué autorizado en el acto de su creación, ni en las normas que lo han reorganizado, para establecer fondos de manejo de cuentas de parte de

sus bienes y recursos. Tampoco se ha expedido ley que especialmente le otorgue dicha atribución.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala estima que el Instituto Colombiano Agropecuario, mientras no sea autorizado por la ley para crear fondos como sistemas de manejo de cuentas de parte de sus bienes o recursos, no puede expedir ningún acto que tenga como objetivo la creación y organización de dichos fondos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE ASI**, la consulta planteada por el señor Ministro de Agricultura doctor Gabriel Rosas Vega.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Hernán Cardoso Durán, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* (Ausente con excusa)

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EMPLEADO OFICIAL / CALZADO Y VESTIDO DE LABOR / PERSONAL DOCENTE / EMPLEADO ADMINISTRATIVO/ DOCENTE DE CATEDRA - Improcedencia

El art. 1o. de la Ley 70 de 1988 determina la prestación o suministro gratuito de vestido y zapatos es para todos los empleados del sector oficial, siempre y cuando cumplan con unos requisitos. La prestación de calzado y vestido de labor cobija la personal docente de tiempo completo, a los empleados administrativos, y a todo trabajador al servicio oficial, más no a los docentes de cátedra, que reúnan las condiciones. El art. 2o. de la ley 70 de 1988 dice que esta prestación no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Bogotá, D. E. quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Hernán Cardoso Durán*

Referencia: Radicación No. 289. Consulta sobre suministro de calzado y vestido a los empleados de carácter administrativo (Ley 70 de 1988).

El señor Ministro de Educación Nacional doctor Manuel Francisco Becerra Barney, mediante oficio No 0481, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:

"1° Al tenor del artículo 3o. del Decreto ley 2277 de 1979 -Estatuto Docente "Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden Nacional, Departamental, Distrital, Intendencial, Comisarial y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial (subrayo), que

una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este Decreto".

"2°-Los decretos que año tras año expide el Gobierno nacional, por los cuales se fija la asignación correspondiente a los distintos grados del Escalafón Nacional Docente, permiten la vinculación de catedráticos por un período máximo, igual al año escolar, es decir; hasta por diez (10) meses.

"3°-El Ministerio de Educación Nacional, en cumplimiento de lo ordenado en la resolución 6850 de 1977, ha venido reconociendo "dotación" a determinados empleados de carácter administrativo (subrayo) que no excedan el grado 12 del nivel asistencia.

"CONSULTA:

"En virtud de la Ley 70 de 1988, el Ministerio de Educación Nacional está obligado a suministrar calzado y vestido, únicamente a sus empleados de carácter administrativo que se encuentren en las condiciones establecidas en el Artículo 1o. de la citada Ley, o por el contrario; este derecho se extiende al personal docente de tiempo completo y a los catedráticos, enmarcados en las condiciones anotadas?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

Ciertamente, mediante lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 -Estatuto docente- quedaron clasificados los educadores como empleados oficiales, en general, o sea que forman parte del sector oficial,ya se trate de educadores de entidades oficiales de carácter nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial o municipal.

Ahora, la ley-70 de 1988 en su artículo 1° dice:

"Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, estable cimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora".

Claramente, la norma transcrita, determina que la prestación o suministro gratuito de vestido y zapatos es para todos los empleados del sector oficial (subraya la Sala), siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la remuneración mensual sea Inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente.

b) Que haya, el empleado oficial, sin distinción, cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora.

De lo anterior se desprende que la prestación cobija al personal docente de tiempo completo, a los empleados administrativos, y todo trabajador al servicio oficial más no a los docentes de cátedra, que reúnan las condiciones antes anotadas.

Igualmente se debe anotar, y esta Sala ya se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

> "El calzado y vestido debe ser el adecuado, apropiado, que corresponda a la función o actividad de la labor desempeñada por el trabajador y de acuerdo con el medio ambiente en donde ejerce sus funciones. Existe una definición legal que excluye el arbitrio del patrono, y que señala criterio de que el suministro no puede ser común sino diferente, el adecuado y propio para la respectiva labor y el medio ambiente de la prestación del servicio, diferente de manera que conjugue las exigencias de la clase del oficio con el medio en que se realiza".

Por último, no sobra advertir que el artículo 20 de la Ley 70 de 1988 dice:

> "Esta prestación no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso".

En los anteriores términos se responde la consulta.

Transcríbase en copias auténticas al señor Ministro de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala, *Hernán Cardoso Durán, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SALVOCONDUCTOS

Los salvoconductos vigentes para portar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, expedidos con anterioridad a la declaración de inexequibilidad del parágrafo 3o. del Decreto-ley 3398 de 1965, proferida por la Corte Suprema de Justicia, y perdieron su fundamento legal a partir de la sentencia de inconstitucionalidad del parágrafo 3o. del Decreto-Legislativo 3398 de 1965. Por ello los particulares no pueden, importar, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar a cualquier título, ni portar armas o municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía, sin incurrir en la conducta tipificada como delito por el citado artículo 202 del Código Penal. Lo anterior hace necesario, que el Estado readquiera las armas que siendo de uso privativo de las Fuerzas Armadas, se encuentran en poder de particulares con fundamento en normas que ya no tienen vigencia, por expreso pronunciamiento de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia del parágrafo 3o. del artículo 33 del Decreto 3398 de 1965. Los salvoconductos que se venzan con posterioridad a la sentencia citada, proferida por la Corte Suprema de Justicia no pueden ser revalidados para efectos de que los particulares continúen portando armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, toda vez que ello implica infracción de la Constitución Nacional y por el contrario, reitera la Sala que dichos salvoconductos perdieron su fuerza ejecutoria al desaparecer sus fundamentos de Derecho. (Art. 66 del Decreto 01 de 1984). De consiguiente los particulares deberán poner a disposición de las Fuerzas Armadas dichas armas.

Consejo de Estado - Sala de Consulta - Servicio Civil

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

SALA DE CONSULTA

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Radicación No. 295. Consulta de Ministro de Defensa Nacional (E) sobre "Alcance de Art. 33, parágrafo 3o. del Decreto 3398 de 1965 sobre salvoconductos.

En oficio No. 4987, el señor Ministro de Defensa Nacional, envió a la Sala la siguiente consulta :

> "A fin de despejar diversas dudas que se han suscitado, con ocasión de la expedición del Decreto Legislativo No. 815 del 19 de abril del año en curso, mediante el cual se suspendió el parágrafo 3o. del artículo 33 del Decreto 3398 de 1.965, que faculta al Ministerio de Defensa para amparar como de propiedad particular, armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, con toda atención solicito a esa secretaría, se trámite a la Sala respectiva del H. Consejo de Estado la siguiente consulta, sobre el alcance de la aludida norma extraordinaria, en base a las siguientes consideraciones:
>
> El artículo 1o. del Decreto en cuestión dice :
>
> "Artículo 1o.- Mientras subsiste turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, súspendase la vigencia del parágrafo tercero del artículo 33 del Decreto Legislativo 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por el parágrafo del artículo 1o. de la Ley 48 de 1968, que es del siguiente tenor:
>
> "Artículo 33, parágrafo 3o.- El Ministerio de Defensa Nacional por conducto del los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que están consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas".

Del contenido normativo de este artículo, surgen los siguientes interrogantes, sobre los cuales se solicita concepto jurídico:

1) Las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares amparadas con anterioridad a la expedición del decreto y cuyos salvoconductos se encuentran vigentes, pueden continuar siendo portadas por sus propietarios ? En caso contrario, quienes las posean, qué deben hacer con tales armas?

2) Los salvoconductos que se venzan con posterioridad a la expedición del Decreto 815 de 1989, pueden ser revalidados para efectos de continuar portando las referidas armas? En caso negativo, los propietarios, qué harán con tales armas?."

CONSIDERA LA SALA:

Para efecto de fijar el alcance de los aspectos planteados en la consulta y evitar equívocos, la Sala estima conveniente precisar la expresión "armas de uso privativo de las fuerzas militares", porque como se verá en el desarrollo de la Consulta, los textos legales que en ella se invocan (Decreto Legislativo 3398 de 1965, 815 del 19 de abril del año en curso) y las que aparecen contenidas en los Decretos 1663 de 1979, 2003 de 1982 y en el Decreto Legislativo 1667 de 1987, plantean aspectos que deben ser objetos de consideración.

1o.- "Solo el Gobierno Nacional puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra". (Art. 2o. Decreto 1663 de 1979)

2o.- La adquisición y abastecimiento de armas, munición y material de guerra para servicio del Estado, estarán a cargo de Ministerio de Defensa Nacional, así como el control de sus existencias y conservación que efectuarán a través del Comando General de las Fuerzas Militares y la Industria Militar, como empresa vinculada a dicho Ministerio. (Art. 4o. del Decreto 1663 de 1979).

3o.- El Decreto 1663 de 1979, artículo 12, autoriza a los particulares a portar armas de fuego **no consideradas** como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, con el lleno de los requisitos legales. Según este artículo dichas armas deben ampararse siempre con salvoconducto.

4o.- El Decreto 2003 de 1.982, que modificó parcialmente al Decreto 1663 de 1.979, determinó en su artículo 2o. y 3o. en forma taxativa que las armas son para defensa personal, señalando como tales pistolas, revólveres, escopetas para deporte y caza y armas neumáticas o de gas, que reúnan las características establecidas en las mencionadas disposiciones.

5o.- Sin embargo el Decreto Legislativo 1667 de 1987, dispuso que mientras exista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, se considera como armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, en la ciudad de Medellín y los Municipios del área metropolitana del Valle de Aburra, algunas armas que por las características que ostentan, estarían clasificadas dentro de aquellas que el Decreto 2003 de 1982, señala como armas de defensa personal. De tal consideración resultaría, que armas clasificadas para la defensa personal del territorio nacional, adquirirán el carácter de uso privativo de las Fuerzas Militares para Medellín y el área metropolitana del Valle de Aburrá, por virtud del Decreto Legislativo 1667 de 1987 a que se ha hecho referencia.

6o.- El Decreto Legislativo 3398 de 1.969, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1.968, artículo 1o., dispuso en su artículo 33, parágrafo 3o.:

> "El Ministerio de Defensa por conducto de los Comandos autorizados podrá amparar cuando lo estime conveniente como de propiedad particular armas que estén consideradas como de uso privativo de la Fuerzas Armadas".

En relación con esta norma, se han presentado dos situaciones jurídicas que conllevan a su inaplicabilidad por pérdida de vigencia, a saber:

a)- La expedición del Decreto Legislativo 815 de 1.989, dictado con fundamento en el artículo 121 de la Constitución Nacional, suspendió la vigencia del mencionado parágrafo 3o., mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional.

b)- La sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida el 25 de mayo de 1989, por medio de la cual, se declaró inexequible el mismo parágrafo 3o. del artículo 33 del Decreto Legislativo 3398 de 1965.

Esta muy claro que el espíritu del legislador extraordinario al expedir el Decreto Legislativo 815 de 1989, fue el suspender temporalmente la vigencia del parágrafo 3o. del artículo 33 del Decreto Legislativo 3398 de 1965, mientras se restablecía el orden público y se levantaba el estado de sitio en el territorio nacional, es decir, que la norma mencionada podía recobrar su vigencia cuando desaparecieran las circunstancias de orden público anotadas.

Sin embargo, se produjo la decisión de la Corte Suprema de Justicia, como resultado de un proceso de constitucionalidad, en que se enfrentó el contenido de la norma acusada en la Constitución Nacional. De este examen se dedujo que el parágrafo 3o. del artículo 33 del Decreto 3398 de 1965 contravino el artículo 48 de la ley fundamental en cuanto "esta disposición constitucional, que tiene su origen en la Carta de 1886, en su redacción originaria, se explica por la necesidad de establecer el monopolio de armas de guerra, en cabezas del Gobierno, que es responsable de mantener el orden público y restablecerlo cuando fuera turbado", según lo señala la Carta Política. Es además, una fórmula que tiene sentido histórico para superar grandes conflictos que afectaron las relaciones civiles entre los colombianos, y que ahora adquiere una renovada significación ante los problemas que suscitan las diversas formas de la actual violencia.

"El Gobierno legítimo, por esta razón, es el único titular de este monopolio, sin que le sea permitido por la Carta a cualquier otra persona o grupo detentar las que señalan como armas y municiones de guerra..." (Sentencia citada de la Corte Suprema de Justicia).

Esta declaración de inexequibilidad suprime para el futuro la aplicación del parágrafo 3o. del artículo 33 del Decreto Legislativo 3398 de 1965 o lo que es lo mismo, cesan sus efectos jurídicos por ser contraria a la Constitución Nacional.

Se tiene entonces, que el parágrafo 3o. del Decreto 3398 de 1965 desapareció de la normatividad jurídica, como efecto de la declaración de inexequibilidad proferida por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 25 de mayo de 1989, y que por esta razón, la suspensión prevista por el Decreto Legislativo 815 de 1989 no tiene fundamento por sustracción de materia.

En este orden de ideas la Sala estima que, habiendo perdido vigencia del, parágrafo 3° del artículo 33 del decreto legislativo 3398 de 1965, por la fuerza ejecutoria de la sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, desapareció el fundamento jurídico para que los particulares porten armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. De esta manera, restablecido el orden normativo, el Ministerio de Defensa Nacional no podrá amparar como propiedad particular armas consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas so pena de infringir la Constitución Nacional.

De otra parte, para la Sala resulta incuestionable que los "permisos", "amparos" o "licencias" que el Ministerio de Defensa haya expedido en favor de particulares para portar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, aunque su naturaleza jurídica bien podrían tener el carácter de acto administrativo, no tienen sinembargo, la virtualidad jurídica de crear una situación jurídica concreta que debe respetarse.

Por lo demás y de conformidad con lo previsto por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, al desaparecer, por haber sido declarado inexequible el fundamento de derecho, con base en el cual se expidieron dichos salvoconductos, éstos perdieron su fuerza ejecutoria.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Nacional, solo el gobierno, puede introducir, fabricar y poseer municiones de Guerra.

Armas y municiones de guerra son aquellas, que de conformidad con las normas que regulan la materia tienen el carácter de uso privativo de las fuerzas

militares, por contraposición a las de defensa personal, las cuales pueden ser adquiridas por los particulares.

Con relación a las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, sobrevino una situación de injuricidad, toda vez que con el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la Corte, cesó en sus efectos la posibilidad prevista en el ordenamiento jurídico para adquirirlas, portarlas, poseerlas, etc.

Por otra parte, el artículo 202 del Código Penal dice:

> "ART.202.- FABRICACION Y TRAFICO DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS (Modificado por la ley 35 de 1982, artículo 7o.). El que sin permiso de autoridad competente **importe**, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, **suministre** a cualquier título o porte armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco(5) años (5034, 8382)".

De conformidad con lo antes dicho, ya no es posible jurídicamente que existan permisos para el porte de dichas armas, y por ello el Estado deberá tomar las medidas pertinentes para que este reasuma la posesión de las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, que hoy se encuentran en manos de los particulares.

Pues, de otra parte, al quedar sin efecto los salvoconductos, todo particular que posea, adquiera, importe, fabrique, repare, almacene, conserve o suministre a cualquier título o porte armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, incurrirá en delito, de conformidad con el artículo 202 del Código Penal, modificado por la ley 35 de 1982, artículo 7o.

Sirvan las anteriores consideraciones para que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, absuelva el cuestionario sometido a su estudio por el señor Ministro de Defensa en los términos siguientes:

Al punto 1o.- La Sala considera que los **salvoconductos vigentes** para portar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, **expedidos con anterioridad** a la declaración de inexequibilidad del paragrafo 3o. del artículo 33, Decreto - Ley 3398 de 1965, proferida por La Corte Suprema de Justicia, perdieron su fundamento legal a partir de la sentencia de inconstitucionalidad del paragrafo 3o. del Decreto-Legislativo 3398 de 1965.

Por ello los particulares no pueden importar, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar a cualquier título, ni portar armas o municiones

de uso privativo de las Fuerzas Militares o de policía, sin incurrir en la conducta tipificada como delito por el citado artículo 202 del Código Penal.

Lo anterior hace necesario, que el Estado readquiera las armas que siendo de uso privativo de las Fuerzas Armadas, se encuentran en poder de particulares con fundamento en normas que ya no tienen vigencia, por expreso pronunciamiento de Inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia del paragrafo 3o. del artículo 33 del decreto 3398 de 1965.

Es pertinente aclarar que, por las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia, la Sala se remite en sus respuestas a la declaración de inexequibilidad del paragrafo 3o. del artículo 33 del derecho legislativo 3398 de 1965 y no a la de la suspensión de esta norma establecida por el Decreto Legislativo 815 de 1989.

Al punto 2o.- En segundo lugar, la Sala conceptúa que los salvoconductos que se venzan **con posterioridad** a la sentencia citada, proferida por la Corte Suprema de Justicia **no pueden ser revalidados** para efecto de que los particulares continúen portando armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, toda vez que ello implica infracción de la Constitución Nacional y por el contrario, reitera la Sala que dichos salvoconductos perdieron su fuerza ejecutoria al desaparecer sus fundamentos de Derecho. (Artículo 66 del Decreto 01 de 1984). De consiguiente los particulares deberán poner a disposición de las Fuerzas Armadas dichas armas.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la referencia.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Hernán Cardoso Durán, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo*, (ausente con excusa).

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES - Reestructuración / CARRERA ADMINISTRATIVA / SUPRESION DE EMPLEOS / PERIODO DE PRUEBA / LISTA DE ELEGIBLES -Inclusión / REVOCATORIA DIRECTA / TITULAR - Consentimiento

Los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales inscritos en la carrera administrativa, cuando empezó a regir la ley 61 de 1987, conservan su derecho a ser nombrados en cargos equivalentes en funciones como en calidades exigidas para su desempeño, de acuerdo con los art. 48 del decreto 2400 de 1968 y 244 a 246 del decreto de 1950 de 1973. Suprimido el empleo de carrera ó convertido en carrera libre nombramiento y remoción el empleado que se encuentra en período de prueba debe ser incorporado a la lista de elegibles a que se refiere el art. 206 del decreto de 1950 de 1973 (artículo 244 *ibídem*, ord, 3o. -artículo 45 del decreto 2400 de 1968). La designación irregular que pudo inducir a funcionarios de carrera à tomar posesión de un empleo de libre nombramiento y remoción puede terminar la revocatoria de la designación con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, de conformidad con los art. 45 del decreto 1950 de 1973 y 73 del Código Contencioso Administrativo. En todo caso la posesión y el ejercicio del cargo de libre nombramiento y remoción se entienden cumplidos sin perjuicios de los derechos de carrera que pueden invocar los funcionarios inscritos en el escalafón irregularmente designados y posesionados en dicho cargo. Subordinada la calificación de servicios al ejercicio de un cargo de carrera para los efectos previstos por el art. 229 del decreto 1950 de 1973, sólo resulta procedente respecto de los servicios que empleados inscritos en el escalafón o en período de

prueba, presten en el cargo correspondiente a su escalafonamiento o designación.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y servicio Civil -
Santa Fe de Bogotá, D.E., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Radicación: No.301 Consulta del Ministro de Hacienda y Crédito Público sobre: "Carrera Administrativa funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales -Ley 61 de 1987-"

El señor Ministro de Hacienda y Crédito público envío a la sala la siguiente consulta:

"La Ley 61 de diciembre 31 de 1987, por lo cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa, estableció en el literal g) del artículo 1o. como empleos de libre nombramiento y remoción los de la Dirección General de Impuestos Nacionales, excluyendo a los funcionarios de esa Dirección de la Carrera Administrativa.

Cuando la citada ley entró en vigencia, se encontraban en la Dirección de Impuestos funcionarios inscritos y en período de prueba dentro de la Carrera Administrativa, situaciones a las que se aplican las normas correspondientes.

Posteriormente, mediante el decreto 1350 de julio 8 de 1988 se conformó una nueva planta de personal en la Dirección General de Impuestos, efectuándose una reestructuración en la cual se suprimieran cargos existentes y se crearon en su mayoría nuevas denominaciones. La incorporación de la totalidad de los funcionarios a los nuevos cargos se realizó con el decreto 1545 de la resolución 3529 de 1o. de agosto de 1988.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se hace necesario precisar los siguientes aspectos:

1. Si los funcionarios que a la fecha de expedición de la ley 61 de 1987 que se encontraban inscritos en la carrera administrativa, continúan en la misma, o si por el contrario, perdieron los derechos inherentes a ésta.

2. En el evento en que los funcionarios mencionados anteriormente continuaran dentro de la carrera administrativa, cual sería su situación con ocasión de la incorporación a la nueva planta de personal en cargos distintos a los escalafonados. Esto teniendo en cuenta que la incorporación se entiende como la aceptación a un nuevo cargo, la cual se realiza mediante la suscripción del acta de posesión respectiva.

3. Como consecuencia de lo anterior, si el sistema de calificación establecido para los funcionarios de carrera administrativa se aplicaría solamente a aquellos que se encuentran ubicados en un cargo escalafonado, o también a los que se encuentran inscritos pero con ocasión de la restauración aceptaron un cargo diferente".

CONSIDERACIONES:

Eliminado o convertido en cargo de libre nombramiento y remoción el ejercicio por un funcionario de carrera, inscrito en el escalafón, su derecho a ser nombrado en cargo equivalente de la nueva planta de personal lo reconoció el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 48, aunque la excluía inexequiblemente el artículo 49 del mismo decreto.

"La primera norma consulta en forma clara el texto y espíritu de las prescripciones constitucionales, pues si el cargo se suprime por el interés superior del Estado, no se afecta el derecho a permanencia dentro de la carrera que ha adquirido el funcionario, a quien se ofrecen posibilidades más o menos inmediatas de vincularse de nuevo a la administración..."

"La segunda norma...se refiere a un caso similar, pues si en la primera hay eliminación del cargo, su extensión física, pudiera decirse, la segunda implica también una supresión jurídica del mismo, pues a eso equivale el excluirlo de la carrera. Sin embargo , contrariamente al texto y espíritu de la Carta, que garantiza la permanencia o estabilidad dentro de la carrera, salvo por faltas personales o de servicio, como tantas veces se ha repetido, el artículo 49 del decreto 2400 no sólo procura la remoción del funcionario, por acto unilateral del Estado, en razón del cambio en la forma de nominación sino que, sin hecho o culpa suya dispone también su expulsión de la carrera, la pérdida de la situación adquirida dentro de ella, borrando simultáneamente el tiempo de servicio activo, o sea el factor antiguedad, constitucionalmente protegido, que con el mérito o competencia garantizan el derecho al ascenso".

Estas consideraciones de la corte Suprema de Justicia corresponden a la sentencia de trece de abril de 1970 (G.J. 2338 T. 137 bis, pág. 114) que declaró inexequible el artículo 49 del Decreto extraordinario número 2400 de 1968 en

cuanto establece la pérdida del derecho en la Carrera Administrativa de los empleados inscritos en el escalafón cuando el respectivo cargo se declara de libre nombramiento y remoción por ser violatorio de los artículos 62 de la Carta, 5o., 6o. y 7o. del Plebiscito de 1957.

Reiteradamente motivó la sentencia su decisión en las previsiones constitucionales que consagran la carrera administrativa, la estabilidad y el derecho al ascenso, como rasgos que la distinguen y que condicionan, a su vez, el objeto y alcance de la facultades del congreso len cuanto a determinación de modalidades, circunstancias, calidades o condiciones dentro de las cuales, quien las cumpla no puede perder su posición personal adquirida dentro de la carrera ni el elemento de antigüedad por factor concurrente del ascenso. "Y obviamente, sólo las faltas personales del servicio, con procedimientos adecuados para comprobarlas, como que acarrean sanción o pena pueden llevar al despido o pérdida del cargo o de la situación dentro de la carrera, aparte la normación general sobre retiro por edad o incapacidad física o mental". Estos principios, precisamente consagrados en los artículos 28,47 y especialmente en el 48 del decreto 2400 de 1968, confrontan, sin embargo, los efectos de la aplicación del artículo 2o. de la ley 61 de 1987, según el cual un funcionario de carrera administrativa pierde sus derechos cuando toma posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción, como fue el caso de los funcionarios involucrados en la consulta, inscritos en el escalafón o en período de prueba al entrar a regir la ley citada.

Si el Gobierno, dentro de los seis meses siguientes, no estableció para dichos funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales condición alguna de permanencia en la situación adquirida dentro de la carrera, según facultad que le otorgó el artículo 13 de la ley 61 sino procedió a incorporarlos en los cargos establecidos por el decreto 1350 de 1988 (julio 8) que conformó la nueva planta de personal, como empleados de libre nombramiento y remoción, mal pudo redundar tal omisión en perjuicio de la situación de dichos funcionarios, protegida constitucionalmente no obstante lo dispuesto por la misma ley 61 sobre pérdida de derechos de carrera.

Cuando el artículo 2o. de la ley se refiere al retiro del servicio que implica retiro de la carrera y pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo en el caso de cesación por motivo de supresión del empleo, esta expresa salvedad implica remisión a los artículos 47 y 48 del Decreto 2400 de 1986, o sea, el reconocimiento del derecho preferencial del empleado inscrito en el escalafón a ser nombrado sin solución de continuidad en puesto equivalente tanto en las funciones como en las calidades exigidas para su desempeño.

"Si a juicio de la autoridad nominadora no existieron empleos equivalentes, el interesado podrá formular una petición al Consejo Superior del Servicio Civil para que considere su caso, el cual será examinado con asistencia de un delegado del organismo y del peticionario o de su representante.

"La solicitud deberá presentarse por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes al de la supresión, creación, vacancia o reincorporación. La audiencia deberá practicarse y la decisión deberá tomarse dentro de los ocho (8) días siguientes al de la petición ". (artículo 245 -Decreto 1950 de 1973).

La solución estatuída para el caso de supresión del cargo de carrera debe recaer, según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia considerada atrás, para el caso de que la ley convierta un cargo de carrera en uno de libre nombramiento y remoción, puesto que su finalidad es también la de que el funcionario afectado por la medida mantenga y no pierda su condición de inscrito en la carrera y en un escalafón determinado.

No fue, por tanto, procedente, la incorporación a que alude la consulta de la totalidad de los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales a la planta de personal reestructurada "en el cual se suprimieron los cargos existentes y se crearon en su mayoría nuevas denominaciones", puesto que indujo al desconocimiento de los derechos de carrera correspondientes a los inscritos en el escalafón y al del derecho de los empleados en período de prueba reconocido por los artículos 45 del decreto 2400 de 1968 y 244, ordinal 3o. del decreto 1950 de 1973. Mal podía producir estos efectos la aplicación del artículo 2o. de la ley 61 de 1987 cuando el retiro del servicio no lo determinó causa distinta de la supresión del empleo o de la conversión del cargo de carrera en cargo de libre nombramiento y remoción. Ni mal podría atribuírse a la posesión, así inducida, de los referidos funcionarios, efectos que desconoce expresamente el artículo 53 del decreto 1950 de 1973, al prohibir dar tal posesión cuando la provisión del empleo no se haya hecho conforme a la ley con lo dispuesto en el mismo Decreto, (artículos 244 a 246).

Con base en estas consideraciones pueden precisar los aspectos determinantes de la consulta así:

Los funcionarios de la dirección General de Impuestos Nacionales inscritos en la carrera administrativa, cuando empezó a regir la ley 61 de 1987, conservan su derecho a ser nombrados en cargos equivalentes en funciones como en calidades exigidas para su desempeño, de acuerdo con los artículos 48 del Decreto 2400 de 1968 y 244 a 246 del Decreto 1950 de 1973.

Suprimido el empleo de la carrera ó convertido en empleo de libre nombramiento y remoción, el empleado que se encuentra en período de prueba debe ser incorporado a la lista de elegibles a que se refiere el artículo 206 del Decreto 1950 de 1973, (artículo 244 *ibídem*, ord. 3o. -artículo 45 del Decreto 2400 de 1968).

La designación irregular que pudo inducir a funcionarios de carrera a tomar posesión de un empleo de libre nombramiento y remoción puede determinar la revocatoria de la designación, con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular de conformidad con los artículos 45 del Decreto 1950 de 1973 y 73 del Código Contencioso Administrativo. En todo caso la posesión y el ejercicio del cargo de libre nombramiento y remoción se entienden cumplidos sin perjuicio de los derechos de carrera que pueden invocar los funcionarios inscritos en el escalafón irregularmente designados y posesionados en dicho cargo.

Subordinada la calificación de servicios al ejercicio de un cargo de carrera para efectos previstos por el artículo 229 del decreto 1950 de 1973, sólo resulta procedente respecto de los servicios que empleados inscritos en el escalafón o en período de prueba, presten en el cargo correspondiente a su escalafonamiento o designación.

En estos términos se absuelve la consulta del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo*, (ausente con excusa).

Elizabeth Castro Reyes, secretaria.

CONTRATO DE CONCESION DE RADIODIFUSION SONORA / CESION DEL CONTRATO POR CAUSA DE MUERTE - Improcedencia / CADUCIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA DE MUERTE

La muerte del contratista es causal de caducidad de los contratos de concesión del servicio de radiodifusión. Estos contratos sólo pueden subsistir si en ellos se estipuló expresamente que continúen con sus sucesores. El artículo 1o. de la ley 51 de 1984 sólo contempla la posibilidad de transferir o ceder los contratos de concesión del servicio de radiodifusión por actos entre vivos, no por causa de muerte.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-
Bogotá, D.E., veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo*

Referencia: Radicación No. 308 Consulta del Ministerio de Comunicaciones, sobre transferencia de los contratos de radiodifusión sonora por causa de muerte.

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

"Como fundamento de la consulta que se formula, me permito consignar los siguientes antecedentes:

"I. El artículo 3o. del Decreto-ley 3418 de 1954 adoptado como norma permanente por la Ley 141 de 1961, dispone: "**Las telecomunicaciones son**

un servicio público que el Estado prestará directamente, pero el Gobierno puede conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas, siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento:

"Las concesiones no excederán de 20 años; podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno, y prorrogarse en Iguales condiciones".

"2. El artículo 4o. de la Ley 74 de 1966 establece:. "Los servicios de radiodifusión son públicos y privados.

"Servicio público de radiodifusión es el que prestan el Estado o las entidades o establecimientos públicos.

"Servicio privado de radiodifusión es el que prestan los particulares mediante licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones".

"3. En uso de las facultades conferidas por el Decreto-Ley 3418 de 1954 y la Ley 74 de 1966, se expidió el Decreto reglamentario 2085 de 1975 que en su artículo 3o. disponía: "La prestación del servicio de radiodifusión sonora requiere autorización del Ministerio de Comunicaciones, la cual se otorgará mediante licencias que autoricen el funcionamiento de estaciones públicas o privadas, previo el lleno de los requisitos que se establecen en el presente Decreto".

"4. En caso de muerte del titular de una cualquiera de las licencias de que trata el presente capítulo, podrá solicitarse al Ministerio el traspaso de la misma a favor del nuevo o nuevos propietarios de la estación,previo el lleno de los siguientes requisitos..." Consagraba el artículo 18 del Decreto 2085 de 1975.

"5. El Decreto 621 de 1977 autorizó la transferencia por acto entre vivos de los derechos derivados de las licencias para la prestación de los servicios de radiodifusión sonora.

"6. El Decreto 2005 de 1980, con algunas modificaciones otorgó la posibilidad de ceder o transferir estos derechos, por acto entre vivos o por causa de muerte.

"7. Con posterioridad, el Decreto Ley 222 de 1983 modificó el sistema de concesión del servicio de radiodifusión, que a partir de su vigencia debía otorgarse mediante contrato, previo procedimiento de licitación pública.

"8. El artículo 196 del citado Decreto Ley nos indica que el contrato de radiodifusión tiene por objeto que el Estado permita a una persona natural o jurídica, la realización de transmisiones de radiotelefonía.

"9. La ley 19 de 1982 - Ley de facultades del Decreto 222 de 1983 en su artículo 1o. define como contratos de concesión de servicios públicos aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un determinado servicio.

"10. El artículo 209 del régimen de contratación administrativa prohibió la cesión o transferencia de los derechos que confieren los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones, sin precisar la naturaleza del hecho o acto jurídico originador de la cesión.

"11. La Ley 51 de 1984, dispuso: "Las personas naturales o jurídicas que actualmente se encuentran en proceso de legalizar su situación ante el Ministerio de Comunicaciones y los concesionarios de las licencias o contratos para el servicio de radiodifusión sonora **podrán previa autorización del Ministerio de Comunicaciones ceder o transferir sus derechos a personas naturales o jurídicas que cumplan con los requisitos exigidos para ser titular**".

"La Ley citada igualmente no determinó si la cesión podía originarse por acto entre vivos o por causa de muerte.

"12. De conformidad con el literal a), el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983, la muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores, es causal de caducidad del mismo.

"13. El Ministerio de Comunicaciones dentro de los contratos de concesión del servicio de radiodifusión en su cláusula décima tercera -caducidad incluyó todas las causases previstas en el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983, con excepción de la muerte de los contratistas.

"14. La Ley 51 de 1984 no se ha reglamentado. Sin embargo, hasta la fecha el Ministerio ha autorizado las cesiones, exigiendo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a. Solicitud en debida forma personalmente o a través de apoderado

b. Copia del negocio jurídico de transferencia

c. Documentos que acrediten solvencia económica

d. Autorización de cedente y cesionario

e. Paz y salvo con el Ministerio de Comunicaciones.

"Por causa de muerte:

a. Certificado de defunción del titular de la licencia

b. Reconocimiento de herederos

En mérito de lo expuesto este Ministerio,

CONSULTA

"1. Teniendo en cuenta la Ley 51 de 1984, pueden los contratos de concesión del servicio de radiodifusión sonora, transferirse por causa de muerte?

"2. Es causal de caducidad del contrato de concesión de radiodifusión la muerte del contratista?"

LA SALA CONSIDERA:

1o.) El artículo 3o del Decreto 3418 de 1954 prescribía que "las telecomunicaciones son servicio público que el Estado prestará directamente", pero facultaba al gobierno para "conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas, siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento".

2o.) El artículo 8° de la misma ley prescribía que "las concesiones para esta clase de servicios sólo podrán transferirse mediante autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, el cual, si la negare, podrá reservarse el motivo que haya tenido para ello". El artículo 120 del Decreto 2427 de 1956, reglamentario del Decreto 3418 de 1954, determinaba las causales de caducidad de los contratos que celebraba el Ministerio de Comunicaciones, entre las cuales se contaban, además de las especiales, las que prescribía el artículo 254 de la ley 167 de 1941, en ellas comprendida "la muerte del contratista si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores" (letra a).

3o.) Por consiguiente, según los Decretos 3418 de 1954 y 2427 de 1956, los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones podían cederse o transferirse por acto entre vivos, previa autorización del Ministerio de

Comunicaciones; pero la muerte del contratista les ponía término, a menos que en ellos se hubiera estipulado que podían continuar vigentes con sus sucesores.

4o.) El artículo 4o. de la ley 74 de 1966 dispuso que "los servicios de radiodifusión son públicos y privados", aquéllos si prestados por "el Estado o las entidades o establecimientos públicos" y éstos los que estaban a cargo de los particulares, "mediante licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones". Pero la ley 74 de 1966 nada dispuso sobre la cesión o transmisión, por acto entre vivos o causa de muerte, de la licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones.

5o.) El Decreto-ley 222 de 1983 modificó el régimen jurídico de la concesión del servicio de radiodifusión, en cuanto dispuso que se adjudique mediante licitación pública y se perfeccione por contrato (Art. 197 del Decreto-ley 222 de 1983). Y el artículo 209 del Decreto-ley 222 de 1983 prohibió ceder o transferir "los derechos que confieren los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones..."

6o.) Pero el artículo 1° de la ley 51 de 1984 subrogó el artículo 209 del Decreto-ley 222 de 1983 en cuanto dispuso que "las personas naturales y jurídicas que actualmente se encuentran en proceso de legalización de su situación ante el Ministerio de Comunicaciones y los concesionarios de las licencias o contratos para el servicio de radiodifusión sonora, podrán, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, ceder o transferir sus derechos a personas naturales o jurídicas que cumplan con los requisitos exigidos para ser titular".

De este modo, el artículo 1° de la ley 51 de 1984 autoriza, por acto entre vivos, para ceder o transferir las licencias o contratos de concesión del servicio de radiodifusión. Pero este precepto en modo alguno dispone que, a la muerte del particular beneficiario de la licencia o concesionario del servicio, aquélla o el contrato de concesión continúe vigente con sus sucesores.

7o.) Además, el artículo 62, letra a), del Decreto-ley 222 de 1983, como lo hacia el artículo 254, letra a), de la ley 167 de 1941, prescribe que, entre otras, es causal de caducidad de los contratos que regula ese mismo estatuto "la muerte de contratista, si no se ha prescrito que el contrato pueda continuar con los sucesores...". De manera que si no se estipuló expresamente que, a la muerte del contratista, el contrato continúe vigente con sus sucesores, de conformidad con el artículo 62, letra a), del Decreto-ley 222 de 1983, se configura la mencionada causal.

La Sala, con Fundamento en lo expuesto,

RESPONDE:

1°) La muerte del contratista es causal de caducidad de los contratos de concesión del servicio de radiodifusión. Estos contratos sólo pueden subsistir si en ellos se estipuló expresamente que continúen con sus sucesores.

2°)El artículo 1° de la ley 51 de 1984 sólo contempla la posibilidad de transferir o ceder los contratos de concesión del servicio de radiodifusion por actos entre vivos, no por causa de muerte.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Comunicaciones y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala*; Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

ECOPETROL / IMPUESTO DE TRANSPORTE DE OLEODUCTOS PUBLICOS / LEY POSTERIOR

El impuesto de transporte por oleoductos públicos fué creado por el Decreto-ley 1056 de 1953, que por ser posterior prevalece sobre cualquier norma anterior en contrario: su campo de aplicación es general y no prescribe ninguna excepción. El Decreto-ley 1056 de 1953 creó en forma general el impuesto de transporte para todos los oleoductos públicos, constituidas a partir del dia 7 de octubre de 1952; por consiguiente, la Empresa Colombiana de Petróleos está en la obligación de pagar este impuesto sobre todos los oleoductos públicos que haya construído a partir de la fecha señalada en la norma.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Bogotá, D.E., veintitres (23) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 198 Consulta del Ministerio de Minas y Energía, sobre complementación a la consulta sobre Impuesto de transporte de oleoductos que tiene Ecopetrol.

Se resuelve la solicitud que la señora Ministra de Minas y Energía hace a la Sala para que, con fundamento en el análisis del artículo 91 del Decreto-ley 3211 de 1959, complemente el concepto comunicado mediante oficio del 6 de septiembre pasado.

LA SALA CONSIDERA:

1°) La Sala, en concepto del 1° de septiembre último, absolvió una consulta del señor Ministro de Minas y Energía sobre sí Ecopetrol está o no exenta del impuesto de transporte por oleoducto, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1° de la ley 165 de 1948 y 1° de 1951 que la exoneraron del pago de impuestos, gravámenes y derechos relacionados con su constitución y funcionamiento.

La Sala estimó que los mencionados ley y decreto exoneraron a Ecopetrol de los Impuestos, gravámenes y derechos que estaban vigentes cuando fueron expedidos y que, por consiguiente, no la eximieron del pago del Impuesto de transporte de oleoducto público prescrito, para todos los construidos a partir del 7 de octubre de 1952, por el artículo 52 del Decreto ley 1056 de 1953.

2°) Pero, posteriormente, se expidió el Decreto- ley 3211 de 1959, publicado en el Diario Oficial el 22 de diciembre del mismo año, en el cual la señora Ministra del Minas y Energía funda su petición.

3°) El Artículo 9° del mencionado decreto exontró a la Empresa Colombiana de Petróleos "de todos los gravámenes, impuestos y derechos relacionados con su organización y funcionamiento". Además dispuso que también gozará "de todas las exenciones y beneficios que la ley concede a compañías o entidades privadas que se dedican a la industria del petróleo".

La exención de "gravámenes, impuestos y derechos" relacionados con las actividades de Ecopetrol, dispuesta por el artículo 90 del Decreto-ley 3211 de 1959, implica que, desde cuando entró en vigencia, la mencionada empresa no está obligada a pagar el impuesto de transporte por oleoducto público porque, posteriormente, no se ha expedido ley o decreto que lo restablezca.

En consecuencia, la Sala concluye que, de conformidad con el artículo 9° del Decreto-ley 3111 de 1959, la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol- no está obligada a pagar el impuesto de transporte por oleoducto público.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a las señoras Ministra de Minas y Energía y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

ACLARACION

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil -
Bogotá, D.E., primero (1) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 198 Consulta del Ministerio de Minas y Energía (Aclaración).

Se resuelve la solicitud que hace el señor Ministro de Minas y Energía para que se adicione la respuesta a la consulta radicada con el número 198, relacionada con el impuesto de transporte por oleoducto de Ecopetrol, en los siguientes términos textuales:

> "Existe duda sobre la posibilidad de que Ecopetrol esté exonerado de todo pago de impuesto de transporte por oleoducto, en virtud de que sus estatutos (Ley 165 de 1948 artículo 10 y artículo 1o. del decreto 1973 de 1951), disponen básicamente que dicha empresa está exonerada de todos los gravámenes, impuestos y derechos relacionados con su constitución y funcionamiento.
>
> "En consecuencia, solicita este Despacho se adicione el concepto del 15 de junio de 1988, en el sentido de dilucidar si la exoneración que tratan las normas estatutarias de Ecopetrol en cuanto se refiere a "funcionamiento" puede considerarse aplicable al impuesto de transporte por oleoducto."

LA SALA CONSIDERA:

1°) Al absolver la consulta No. 198, relacionada con el impuesto de transporte de oleoductos, la Sala sostuvo que el objeto de la Ley 165 de 1948 y del decreto reglamentario 1973 de 1951 consiste en exonerar a la Empresa Colombiana de Petróleos de los impuestos y gravámenes de cáracter nacional, porque tiene una finalidad de interés público que consiste en explorar y explotar directamente o mediante aportes los hidrocarburos de la Nación.

2°) Sin embargo, con posterioridad a la expedición de las normas mencionadas, se dictó el Decreto 1056 de 1953 mediante el cual se impuso un impuesto de transporte sobre todos los oleoductos públicos que se construyan a partir del 7 de octubre de 1952. La Sala, por esta razón, consideró que Ecopetrol está obligada a pagar el valor de los impuestos de transporte de oleoductos públicos.

3°) Se pregunta si Ecopetrol está exenta del impuesto de transporte por oleoducto, en virtud de lo dispuesto por los Arts. 1o. de la Ley 165 de 148 y 1o. del decreto 1973 de 1951 que la exoneran del pago de impuestos, gravámenes y derechos relacionados con su constitución y funcionamiento.

La Sala considera que la exoneración de impuestos, gravámenes y derechos, dispuesta por las indicadas disposiciones, sólo comprende los que estaban vigentes cuando fueron expedidas, pero no los que posteriormente estableció la ley, como el Decreto-ley 1056 de 1953, por el cual se expidió el Código de Petróleos.

4°) El impuesto de transporte de oleoductos públicos fué creado por el Decreto-ley 1056 de 1973, que por ser posterior prevalece sobre cualquier norma anterior en contrario: su campo de aplicación es general y no prescribe ninguna excepción.

5°) El artículo 52 del Decreto-ley 1056 de 1953 impone el pago del impuesto de transporte de oleoducto público en forma general para todos los oleoductos de esa clase, construídos a partir del dia 7 de octubre de 1952, sin hacer ninguna excepción; por lo tanto, deben considerarse comprendidos por la norma los oleoductos públicos construidos por la Empresa Colombiana de Petróleos.

De manera que la Sala concluye que el Decreto-ley 1056 de 1953 creó en forma general el impuesto de transporte para todos los oleoductos públicos, construídos a partir del dia 7 de octubre de 1952; por consiguiente, la Empresa Colombiana de petróleos está en la obligación de pagar este impuesto sobre de

todos los oleoductos públicos que haya construído a partir de la fecha señalada en la norma.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Hernán Cardoso Durán, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

JUICIO FISCAL DE CUENTAS - Fenecimiento / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA / Facultades / CONTROL FISCAL / CONTROL POSTERIOR / JUICIO FISCAL DE CUENTAS - Reapertura / CADUCIDAD.

Como la Constitución de 1991 (art. 272 inciso 6°) atribuye a los contralores departamentales, distritales y municipales, en el ámbito de su jurisdicción,las mismas funciones que tiene el Contralor General de la República en virtud del art. 268, y la ley 42 de 1993 comprende dentro del proceso de responsabilidad fiscal, que debe adelantarse en forma íntegra y objetiva, las etapas de investigación y juicio fiscal, la Sala responde que la reapertura del juicio fiscal puede extenderse al reexamen de la cuenta. La facultad de revisar y fenecer las cuentas implica la de revocar fenecimientos y ordenar la reapertura del juicio fiscal, pero solamente cuando aparezcan pruebas que permitan deducir razonablemente la existencia,de operaciones fraudulentas o irregulares. Según la Constitución Política, la vigilancia de la gestión fiscal de los distritos corresponde a las respectivas contralorías y se ejercerá en forma posterior y selectiva, debiendo los concejos distritales organizar sus contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. (art. 272, incisos lo. y 3o.). Los concejos, al expedir mediante acuerdo los Códigos Fiscales para su correspondiente entidad territorial, pueden dentro del marco constitucional y legal, regular aspectos tales como los concernientes al control y fiscalización del Tesoro y de la Hacienda. La reapertura del juicio fiscal de cuentas, previsto en el art. 564 del Código Fiscal Distrital, no pugna con la Constitución de 1991 ni con la ley 42 de 1993, y para su viabilidad la ley no ha establecido término de caducidad. Ciertamente las cuentas que la Contraloría Distrital de Bogotá no observe dentro de los sesenta (60) dias calendario siguientes a la fecha en que estuvieren disponibles para su estudio, se consideran

fenecidas. (Código Fiscal, art. 516). Pero este término de caducidad no es aplicable a la reapertura del juicio fiscal el cual se iniciará una vez se haya "levantado el fenecimiento" por existir prueba de que alguna operación se verificó en forma fraudulenta o irregular.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil-
Santafe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Consulta sobre normas fiscales aplicables a la Contraloría del Distrito Capital. Radicación número 492.

El director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, atendiendo una solicitud del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá y del Contralor del Distrito Capital, relacionada con la posibilidad de practicar una repetición del examen de cuentas y reabrir un juicio fiscal, formula a la Sala la consulta que en la parte pertinente interroga así:

1.- ¿El artículo 11 de la ley 58 de 1946 está vigente y es aplicable a la Contraloría de Santa Fe de Bogotá?

2.- ¿El texto del artículo 564 del Acuerdo 6 de 1985 (Código Fiscal de Bogotá) se refiere únicamente a la reapertura del juicio fiscal de cuentas, por tanto, no se podría extender al reexamen de la cuenta, con base en la facultad señalada en este artículo?

3.- ¿Se puede interpretar que la facultad de revisar y fenecer las cuentas conlleva la de revocar fenecimientos y reexaminar cuentas?

4.- ¿Mediante Acuerdo se puede otorgar la facultad señalada en la pregunta anterior a la Contraloría Distrital, prevista a nivel legal para la Contraloría General de la República ?

5.- ¿Teniendo en cuenta que la acción fiscal, cuya viabilidad se está consultando, tiene como fundamento la existencia de irregularidades que impliquen violación de normas administrativas, civiles, penales, tributarias etc., las cuales tienen fijados términos de prescripción de la caducidad, cuál seria el término de prescripción de la acción contemplada en el 564 del Acuerdo 6 de 1985 ?

6.- ¿Dicha reapertura del juicio fiscal iría en contra de lo establecido en el Código Fiscal de Santa Fe de Bogotá, en el artículo 620 del Acuerdo 9 de 1976 y en el 516 del Acuerdo 6 de 1985, según los cuales el exámen de las cuentas debe adelantarse dentro del término de un año o en dos meses respectivamente?

LA SALA CONSIDERA:

1.- **Antecedentes legales**.- La ley 58 de 1946, en su art. 11 dispuso que si aparecieren pruebas de que en las cuentas ya examinadas y calificadas sin alcance, se incluyeron operaciones fraudulentas o irregulares, el Contralor General de la República podrá:

a. Repetir el exámen y determinar las personas responsables de tales fraudes o irregularidades; y

b. En caso de existir juicio de cuentas y como consecuencia de él se hubiere pronunciado un fenecimiento sin alcance, reabrir el juicio.

Siguiendo la orientación señalada por aquella normatividad de carácter, nacional, el Concejo Distrital, obrando con fundamento en el decreto-ley 3133 de 1968 (Estatuto Orgánico del Distrito Especial de Bogotá) que en el art 13 le confería entre otras atribuciones la de expedir el Código Fiscal mediante el Acuerdo Numero 9 de 1976 reguló el examen de cuentas y los casos de reapertura del juicio fiscal de cuentas, de conformidad con las siguientes disposiciones:

ART.618. EXAMEN DE CUENTAS:

El exámen de las cuentas se llevará a cabo dentro del término de un (1) año contado a partir de la fecha de su recibo en la respectiva dependencia de la Contraloría.

Como resultado de este exámen, la Contraloría aprobará o glosará la cuenta según el caso.

La aprobación es procedente cuando el cuentadante demuestre haber recaudado e invertido los fondos o bienes a su cuidado conforme a la ley, los acuerdos y los reglamentos de la Contraloría.

En caso contrario, se formulará glosa parcial o total a la cuenta.

SAL DE CONSULTA

La aprobación se impartirá mediante un acto escrito que se denomina acto de "FENECIMENTO".

La glosa constará de un acto que se denominará "AVISOS DE OBSERVACIONES ".

Del resultado del exámen de la cuenta, y dentro del término máximo previsto de un (1) año, se dará aviso al cuentadante.

ART. 620. CESACION DE RESPONSABILIDAD:

Cuando no se verifique el exámen de la cuenta o no se comunique sus resultados al cuentadante dentro del término de un (1) año, cesará automáticamente su responsabilidad por los gastos relacionados en ella salvo la responsabilidad por dolo o culpa grave, la cual subsistirá.

ART. 641. RESOLUCION SOBRE REAPERTURA DEL JUICIO DE CUENTAS:

Cuando después de proferido un fenecimiento de plano o uno sin cargo, aparecieren pruebas de la existencia de operaciones fraudulentas o irregulares, el Contralor dictará una resolución motivada que revoque el fenecimiento y ordene la reapertura del correspondiente juicio fiscal de cuentas.

Esta resolución, que hará las veces de aviso de observaciones, será la base para continuar el procedimiento ordinario indicado en este título, y contra ella puede instaurarse acción contencioso-administrativa.

ART.660.- REPETICION DEL EXAMEN:

Cuando se tenga conocimiento de que en las cuentas ya examinadas y aprobadas se incluyeron operaciones fraudulentas o irregulares el Contralor Distrital debe repetir el exámen correspondiente. Si se hubiere tramitado el juicio de cuentas con resultados favorables para el cuentadante y su fiador, o los herederos de uno y otros se ordenará mediante resolución motivada, reabrir el juicio.

De manera que, de conformidad con el Código Fiscal Distrital de 1976, es obligación de la Contraloría hacer el exámen de cuenta dentro del término de un (1) año a partir de la fecha de su recibo, y de no hacerlo, cesará automáticamente la responsabilidad del cuentadante, salvo la proveniente de dolo o culpa grave. Si con posterioridad al acto de fenecimiento, aparecieron

pruebas de la existencia de operaciones fraudulentas o irregulares, el Contralor, deberá revocarlo por medio de resolución motivada y ordenar la reapertura del correspondiente juicio fiscal de cuentas.

Pero ocurre que el mencionado Acuerdo Número 9 de 1976 fue derogado por el Concejo Distrital mediante la expedición del Acuerdo Número 6 de 1985, "por el cual se expide el Código Fiscal para el Distrito Especial de Bogotá".

El nuevo Código Fiscal, que es el vigente en la actualidad, en lo pertinente dispuso:

ART.506.- OBJETO DEL SISTEMA DE CONTROL FISCAL

El Control Fiscal que ejercerá la Contraloría tendrá por objeto,además de garantizar la conservación y adecuado rendimiento de los recursos fiscales, establecer los medios para evaluar la eficacia y eficiencia de la Administración, la racionalidad del gasto y los resultados obtenidos en cada ejercicio fiscal conforme al Presupuesto y al Plan de Desarrollo.

ART.515. RENDICION DE CUENTAS

El concepto de rendición de cuentas dentro de la metodología de la Auditoría Posterior en la Fuente, debe entenderse cumplida cuando los funcionarios de manejo hayan efectuado rendición diaria de cuentas de la operación a su cargo y hayan preparado la información contable de cada mes y archivado adecuadamente la documentación probatoria correspondiente, conforme a las técnicas y reglamentaciones que determine el Contralor para tal efecto.

Este expediente mensual de la documentación probatoria quedará bajo custodia de la oficina respectiva a disposición de la Contraloría hasta por un término de dos (2) años.

ART. 516. DEL EXAMEN POSTERIOR

Las cuentas que la Contraloría Distrital no observe dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha en que estuvieran disponibles para su estudio se consideran fenecidas. El incumplimiento de dicho plazo constituirá causal de mala conducta y el responsable será sancionado por el Contralor.

SAL DE CONSULTA

ART. 564. REAPERTURA DEL JUICIO FISCAL DE CUENTAS

Cuando después de proferido un auto de fenecimiento sin responsabilidad fiscal aparecieren pruebas de la existencia de operaciones fraudulentas o irregularidades, el Contralor, por medio de resolución motivada revocará el fenecimiento proferido y ordenará la reapertura del juicio fiscal de cuentas. Esta resolución hará las veces de Aviso Oficial de Observaciones.

Según el nuevo Código Fiscal, corresponde en forma exclusiva a la Contraloría de Bogotá el examen, glosa y calificación definitiva de las cuentas que deban rendir los empleados de manejo de la Administración Distrital. (Art.548). Las cuentas susceptibles de exámen posterior, que la Contraloría no observe dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha en que estuvieron disponibles para su estudio, se consideran fenecidas. Y en lo atinente a la reapertura del juicio fiscal de cuentas, reitera que procede cuando aparezcan **pruebas de la existencia de operaciones fraudulentas o irregulares.**

2.- **La Constitución Política de 1991.**- La Constitución promulgada el 7 de julio de 1991 introdujo importantes modificaciones en el sistema de control fiscal y en el funcionamiento de los organismos de control.

Respecto del control fiscal, la nueva Constitución define que es una función pública que será ejercida por organismos autónomos e independientes que genéricamente se denominan contralorías (la General de la República, las departamentales, las distritales y las municipales); y que dicho control tendrá en su concepción general, las características de ser posterior y selectivo, debiendo cumplirse de conformidad con los principios, sistemas y procedimientos que establezca la ley. Además, y con la plausible finalidad de ampliar el universo de vigilancia de la gestión fiscal del Estado, dispone que ésta incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Por otra parte, la Constitución otorga a los contralores departamentales distritales y municipales, en el ámbito de su jurisdicción, las mismas atribuciones que en el nivel nacional le corresponden al Contralor General de la República, enumeradas en el art. 268 y entre las cuales para efecto de la consulta la Sala destaca la siguiente:

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

Con fundamento en la anterior disposición constitucional y teniendo en consideración la importancia que reviste el sistema de revisión de cuentas (que dentro del desarrollo de la gestión integral de vigilancia fiscal debe ser complementado con otros sistemas de control, tales como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados,etc.), la Sala estima que el mismo no puede ni debe ser selectivo, pues tiene carácter obligatorio. La condición de selectivo se predica del control fiscal entendido en su concepción general, macro fiscalizadora, de ejercicio de una competencia jurídico-técnica, pero no en cuanto a la especificidad del exámen de cuentas, por cuanto el mandato constitucional es imperativo: "Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario".

De manera que, así la ley 42 de 1993 (enero 26) entienda por control selectivo, "la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal", como expresa su art.5o., la Sala considera, con fundamento en el numeral 2 del art. 268 de la Carta Política, que el exámen de cuentas no debe formar parte integrante de un control selectivo y que, por tanto, la obligación de la entidad.. fiscalizada es la de llevar todas las cuentas y la del organismo de control la de revisarlas en su totalidad.

Ejercido el control fiscal con apoyo en los diversos sistemas de control que establecen la Constitución y la ley, surge para las contralorías otra importante atribución constitucional, que el mencionado art.268 determina de este modo:

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

3.- **Desarrollo legislativo**.- Según la ley 42 de 1993, "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", las etapas del proceso de responsabilidad fiscal que adelantan los órganos de control fiscal, son la Investigación y el Juicio Fiscal, entendidos así:

> a. La Investigación es la etapa de instrucción en la cual se allegan y practican pruebas, y se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado. Y,

b. El Juicio Fiscal es la etapa en la cual se define y determina la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya, sido objeto de observación. (Arts. 74 y ss).

En todo caso, la responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar.

Por lo demás, las actuaciones relacionadas con el ejercicio del constitucional,lo fiscal no solamente se adelantarán de oficio, sino en forma íntegra y objetiva. Y como obvia consecuencia del mandato constitucional contenido en el art. 29, aquellas actuaciones garantizarán el debido proceso,para el establecimiento de responsabilidades fiscales.

Concretamente en el aspecto concerniente a la viabilidad de la reapertura de un juicio fiscal, la nueva ley dispone:

> ART.17.- Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieron pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal.

4. **Conclusiones.**- Concretado por la Constitución de 1991 el control fiscal a sus formas posterior y selectiva, con el propósito por una parte de eliminar el control previo y prescindir radicalmente las tareas administrativas y de auditoría, y por la otra,de especializar a los funcionarios pertenecientes a los órganos de control en la evaluación integral del trabajo realizado por la administración pública, el tema planteado ya no podrá salirse de esta óptica de apreciación constitucional.

Ciertamente en el proceso de responsabilidad fiscal, que puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte, la ley distingue dos etapas: Investigación y Juicio Fiscal. Pero si con posterioridad a la revisión de cuentas, "aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares" relacionadas lógicamente con ellas, lo procedente es que las autoridades fiscalizadoras competentes pro cedan a levantar el fenecimiento e "iniciar el juicio fiscal".

O quizá mejor, a reiniciar el proceso de responsabilidad fiscal. Porque el hecho consistente en que aparecieron pruebas de operaciones "fraudulentas o irregulares", así como podría ser suficiente y dar lugar a entrar, directamente en la etapa del juicio fiscal para definir y determinar la responsabilidad,también podría ser insuficiente y requerir de complementación mediante un nuevo exámen de cuentas.

De manera que la facultad de reabrir el juicio fiscal, no excluye la posibilidad de hacer el exámen de cuentas, si ello se considera necesario o conveniente para determinar con precisión y equidad la responsabilidad de los encargados de manejar fondos o bienes del Estado.

Para efectos de proceder a tal reapertura, la ley no ha fijado término de caducidad. Luego el pre-requisito de indispensable cumplimiento es que aparezcan la prueba o pruebas que permitan deducir razonablemente que las operaciones están afectadas de fraude o irregularidad.

LA SALA RESPONDE:

1. El art. 11 de la ley 58 de 1946 no está vigente, por cuanto fue derogado por el art. 17 de la ley 42 de 1993.

2. El texto del art.564 del Acuerdo Numero 6 de 1985 (Código Fiscal del Distrito Capital de Bogotá), se refiere a la reapertura del juicio fiscal de cuentas que el Contralor Distrital, por medio de resolución motivada, puede ordenar, previa revocatoria del fenecimiento proferido, en consideración a que aparecieron pruebas de la existencia de operaciones fraudulentas o irregulares.

Como la Constitución de 1991 (art.272 inciso sexto) atribuye a los contralores departamentales, distritales y municipales, en el ámbito de su jurisdicción, las mismas funciones que tiene el Contralor General de la República en virtud del art. 268, y la ley 42 de 1993 comprende dentro del proceso de responsabilidad fiscal, que debe adelantarse en forma íntegra y objetiva, las etapas de investigación y juicio fiscal la Sala responde que la reapertura del juicio fiscal puede extenderse al reexamen de la cuenta.

3. La facultad de revisar y fenecer las cuentas implica la de revocar fenecimientos y ordenar la reapertura del juicio fiscal, pero solamente cuando aparezcan pruebas que permitan deducir razonablemente la existencia de operaciones fraudulentas o irregulares.

4. Según la Constitución Política, la vigilancia de la gestión fiscal de los distritos corresponde a las respectivas contralorias y se ejercerá en forma posterior y selectiva, debiendo los concejos distritales organizar sus contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. (Art. 272, incisos primero y tercero).

Los concejos, al expedir, mediante acuerdo los Códigos Fiscales para su correspondiente entidad territorial, pueden dentro del marco constitucional

y legal, regular aspectos tales como los concernientes al control y fiscalización del Tesoro y de la Hacienda.

5. La reapertura del juicio fiscal de cuentas, previsto en el art. 564 del Código Fiscal Distrital, no pugna con la Constitución de 1991 ni con la ley 42 de 1993, y para su viabilidad la ley no ha establecido término de caducidad.

6. Ciertamente las cuentas que la Contraloría Distrital de Bogotá no observe dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha en que estuvieron disponibles para su estudio, se consideran fenecidas. (Código Fiscal, art.516). Pero este término de caducidad no es aplicable a la reapertura del juicio fiscal, el cual se iniciará una vez se haya "levantado el fenecimiento" por existir prueba de que alguna operación se verificó en forma fraudulenta o irregular.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al funcionario gubernamental que formula la consulta y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 21 de octubre de 1993.

CONGRESO DE LA REPUBLICA / EMPLEADO PUBLICO / REGIMEN SALARIAL / ACTO JURISDICCIONAL / CONCEPTO - Improcedencia

El problema planteado en la consulta se relaciona con la viabilidad de la prima semestral o de la de servicios, para los empleados del Congreso, teniendo en cuenta el régimen legal actualmente vigente, especialmente después de que entraron a regir los decretos 13 de 7 de enero de 1993 "por el cual se fija la escala salarial para los empleados públicos del Congreso Nacional y se dictan otras disposiciones" el cual fué dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4a. de 1992, y 107 de 18 de enero de 1993 "por el cual se modifica el decreto 13 de 1993 y se dictan otras disposiciones." Para dilucidar tal problema se impone previamente determinar si los decretos anteriormente citados se hallan de acuerdo o no con el régimen previsto en la ley 4a. de 1992, "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Congreso Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el art. 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política." Tal definición equivaldría a resolver sobre la legalidad, e indirectamente sobre la constitucionalidad de los mencionados decretos, lo que sólo puede efectuarse mediante un acto de carácter jurisdiccional.

SALA DE CONSULTA

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 541. Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con el pago de la prima semestral a los empleados del Congreso de la República.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"El Ministerio de Gobierno, a solicitud del Presidente del Senado de la República, desea conocer el concepto de esa Honorable Sala en lo relacionado con el pago de la prima semestral a los empleados del Congreso de la República.

En relación con el tema de la consulta tenemos las siguientes normas que se transcriben a continuación:

Decreto 1042 de 1978. -por el cual se crea la prima de servicio-

"Artículo 58.- De la prima de servicio: Los funcionarios a quienes se aplica el presenté decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince dias de remuneración, que se pagará en los primeros quince dias del mes de julio de cada año.

Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre".

Decreto 1045 de 1978. Determina cuáles son las prestaciones sociales.

"Artículo 5o. De las prestaciones sociales. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

a) Asistencia médica, obstetricia, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.
b) Servicio odontológico.
c) Vacaciones.
d) Prima de vacaciones.
e) Prima de navidad

f) Auxilio por enfermedad
g) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional.
h) Auxilio de maternidad.
i) Auxilio de cesantía.
j) Pensión vitalicia de jubilación.
k) Pensión de invalidez.
l) Pensión de retiro por vejez.
m) Auxilio funerario.
n) Seguro por muerte."

La ley 80 de 1981.- Crea la prima semestral para los empleados del Congreso de la República.

"Artículo 2o. Las asignaciones de los empleados del Congreso Nacional variarán en la proporción en que sean modificadas las escalas de remuneración de los empleos de la Rama Ejecutiva, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por esta ley.

PARAGRAFO.- Los empleados del Congreso Nacional, tendrán derecho a la prima semestral de que gozan los empleados de la Administración Pública, con todos los factores salariales. Esta prestación no tendrá efecto retroactivo-". (el subrayado es nuestro).

Ley 55 de 1987

"ARTICULO 2o.: "Las asignaciones de los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público se incrementarán para el año de 1988 de acuerdo con los mismos índices que el Gobierno utilice para reajustar las escalas de remuneración de los empleados de la Rama Ejecutiva.

PARAGRAFO.- Los empleados del Congreso Nacional, tendrán derecho a una prima semestral pagadera así: un salario en junio y un salario en diciembre, a partir del año de 1988".

Ley 5a. de 1992

"ARTICULO 386: Personal actual. Los empleados, que a la expedición de la presente ley se encuentren vinculados al Congreso y sean nombrados en un cargo de la nueva planta, seguirán disfrutando de las prestaciones sociales en los términos y condiciones legales establecidas a la fecha y expedición de esta Ley" (el subrayado es nuestro).

Ley 4a. de 1992.

"ARTICULO 1o.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

"a)....

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República..."

"ARTICULO 2o.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a).- El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus y prestaciones sociales;"

DECRETO 1111 de 1972. Habla de una nueva planta

"CONSIDERANDO:

Que la Ley 5a. de 1992 estableció una nueva planta de personal para el Senado de la República y la Cámara de Representantes, creando una nueva nomenclatura de cargos y grados para las distintas denominaciones de los empleos a los cuales se hace necesario fijarles la asignación básica mensual.

DECRETO 13 de 1993

"ARTICULO 1o.- A partir del 1o. de enero de 1993 fíjese la siguiente escala de remuneración mensual para los empleos contemplados en la Ley 5a. de 1992, para el Senado de la República y la Cámara de Representantes:

GRADO	ASIGNACION BASICA
01	175.000
02	200.000
03	225.000
04	300.000
05	375.000
06	450.000
07	500.000

08	575.000
09	625.000
10	700.000
11	750.000

PARAGRAFO.- Los empleos públicos del Congreso a que se refiere el presente artículo, disfrutarán de un régimen prestacional igual al de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional."

"ARTICULO 2o.- A partir del 1o. de enero de 1993 la remuneración total para los empleados de mayor jerarquía contemplados en la Ley 5a. de 1992 del Senado y la Cámara de Representantes será la siguiente:

GRADO	ASIGNACION BASICA
12	1.125.000
13	1.450.000
14	1.450.000

PARAGRAFO.- Estos empleados tendrán derecho únicamente a la prima de navidad y no podrán disfrutar de ninguna otra prima, auxilio, subsidio, bonificación o cualquier otra clase de emolumentos".

DECRETO 107 de 1993

"ARTICULO 1o.- El parágrafo del art. 2o. del decreto 13 de 1993 quedará así: "Estos empleados no tendrán derecho al pago de las primas de antigüedad, técnica y semestral, tampoco a las bonificaciones de quinquenio y vacacional".

Con fundamento en las anteriores disposiciones transcritas, se exponen dos tésis así:

Primera: Se considera que la prima semestral por ser similar a la prima de servicio, no constituye prestación social, sino factor salarial, en atención a que el decreto No. 1045 de 1978 al enumerar las prestaciones no contempla la prima de servicio,. No obstante, la Ley 80 de 1981 en el parágrafo del artículo 2o. cuando crea la prima semestral para los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional, la define como prestación. En estas condiciones, si se acepta que la prima semestral no constituye prestación social, tendríamos que la ley 5a. de 1992 cuando en el Art. 386 transcrito, mantiene para los empleados del Congreso las prestaciones sociales que existían, así como el Parágrafo del artículo 1o. del Decreto 13 de 1993,

cuando extiende a estos mismos empleados las prestaciones sociales de los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional, se entendería que no esté modificando para nada la prima semestral de los empleados del Congreso; en otras palabras, continuarían vigentes las normas sobre prima semestral, puesto que no constituye prestación sino factor de salario, de tal suerte que el Decreto 13/93 no los afectaría. En consecuencia los empleados del Congreso antiguos y nuevos del grado 01 al 11 continuarían devengando la prima semestral, a cambio de la de servicio que reciben los empleados de la rama ejecutiva, ya que esta última, según el Decreto 1045 transcrito, no esté catalogada como prestación, y por tanto en cumplimiento del Decreto 13/93 los empleados del Congreso no tienen derecho a ella.

Segunda: La prima semestral constituye prestación social, con fundamento en el parágrafo del artículo 2o. de la ley 80 de 1981, que definió su naturaleza jurídica, al hablar de prestación. En este caso, los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional, conforme a lo establecido en el Decreto 13 de 1991, tendrían derecho al "Régimen Prestacional" contemplado para los empleados públicos a nivel nacional, perdiendo en esta forma la prima semestral porque no existe como tal en la rama ejecutiva del nivel nacional, y tampoco devengaran la de servicio porque no constituye prestación social.

Con esta tesis se estarían violando los derechos de los funcionarios antiguos que fueron reincorporados en la planta de personal del Congreso, según lo establecido en el artículo 386 de la Ley 5a. de 1992.

Con fundamento en lo expuesto anteriormente se consulta:

a.- Los empleados antiguos y nuevos al servicio del Congreso de la República, excepto los del grado 12 al 14, tienen derecho a la prima semestral, consagrada en la ley 55 de 1987?

b.- En caso de que no tengan derecho a la prima semestral, tendrían derecho a la prima de servicio, creada por el Decreto 1042 de 1978?

c.- La prima semestral únicamente se puede cancelar a los empleados antiguos del Congreso de la República que fueron reincorporados, conforme a la Ley 5a. de 1992?

d.- Los nuevos empleados del Congreso de la República, a quienes según los decretos 1111, 13 y 107 de 1993, se les debe aplicar el régimen prestacional establecido para la rama ejecutiva del nivel nacional, tendrían

derecho a la prima de servicio, siendo que esta prima constituye prestación social, según. el decreto 1045 de 1978?."

ANTECEDENTES:

1.- La consulta que antecede tiene como fundamentos legales los siguientes:

1o.- Los decretos 1042 y 1045 de 1978 en los que se contempla una prima de servicio, de carácter anual equivalente a 15 días de remuneración, y que debía pagarse en los primeros 15 días del mes de julio de cada año (art. 58, decreto 1042 de 1978). No se contempla en dichos estatutos la "prima semestral".

2o.- El artículo 2o. de la ley 80 de 1981 según el, cual se creó la prima semestral, en los siguientes términos: "Los empleados del Congreso Nacional, tendrán derecho a la prima semestral de que gozan los empleados de la Administración Pública, con todos los factores salariales. Esta prestación no tendrá efecto retroactivo".

3o.- El parágrafo del artículo 2o. de la ley 55 de 1987 por la cual se aumentó la prima semestral a "un salario en junio y salario en diciembre, a partir del año de 1988.

4o.- Posteriormente la Constitución Política de 1991, le otorgó al Congreso, en el artículo 150, la atribución de hacer las leyes; específicamente, en el numeral 19 le concedió la función:

> "Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para distintos afectos. En el literal e), del artículo citado, se concreta esta función así: "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

5o.- La ley 4a. de 1992, "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política".

En el aparte b) del artículo 1o. de dicho estatuto legal se facultó al Gobierno Nacional, para que con sujeción a las normas, criterios y objetivos

contenidos en la misma ley determinara el régimen salarial y prestacional, de algunos funcionarios del Estado, entre otros, "los empleados del Congreso Nacional",

En el artículo 2o. del mismo estatuto se concretaron tales criterios y los objetivos, en los siguientes términos:

> "Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:
>
> "a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales".

La misma ley 4a. en su artículo 10 estableció de manera perentoria, que "todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos".

6o.- La ley 5a. de 1992, por la cual se expidió el reglamento del Congreso. Mediante ella se introdujo una nueva estructura y organización básica al Senado y a la Cámara de Representantes; en el artículo 386 y en cuanto al régimen de personal de empleados ya vinculados al Congreso o que fueren nombrados en la nueva planta, se dispuso conservar las prestaciones sociales vigentes a la fecha de expedición de la ley.

7o.- El decreto 1111 de 1992 fijó la remuneración para los empleados contemplados en la ley 5a. y en su artículo 1o. parágrafo ordenó que el régimen prestacional para dichos empleados era el correspondiente a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva.

8o.- Finalmente, el 7 de enero de 1993, el Gobierno expidió el decreto 13 "por el cual fija la escala salarial para los empleados del Congreso y otras disposiciones". En el artículo 1o. se discrimina una escala de remuneración en grados del 01 al 11, los cuales según el parágrafo del mismo, "disfrutarán de un régimen prestacional igual al de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional"; para un segundo grupo de empleados, que comprende los grados 12 a 14, se dispone que "tendrán derecho, únicamente a la prima de navidad y no podrán disfrutar de ninguna otra prima, auxilio, subsidio, bonificación o cualquiera otra clase de emolumento" (art. 2o. parágrafo decreto 13 de 1993).

Esta última norma fue modificada por el artículo 1o. del decreto 107 de 1993, en los siguientes términos: "Estos empleados no tendrán derecho al pago de las primas de antigüedad, técnica y semestral tampoco a las bonificaciones de quinquenio y vacacional".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- El problema planteado en la consulta que antecede se relaciona con la viabilidad de la prima semestral o de la de servicios, para los empleados del Congreso, teniendo en cuenta el régimen legal actualmente vigente, especialmente después de que entraron a regir los decretos 13 del 7 de enero de 1993 "por el cual se fija la escala salarial para los empleados públicos del Congreso Nacional y se dictan otras disposiciones" el cual fue dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4a. de 1992, y 107 de 18 de enero de 1993 "por el cual se modifica el decreto 13 de 1993 y se dictan otras disposiciones".

2.- Para dilucidar tal problema se impone previamente determinar si los decretos anteriormente citados se hallan de acuerdo o no con el régimen previsto en la ley 4a. de 1992, "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Congreso Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política".

Tal definición equivaldría a resolver sobre la legalidad, e indirectamente sobre la constitucionalidad de los mencionados decretos, lo que sólo puede efectuarse mediante un acto de carácter jurisdiccional.

Lo anterior conduce a concluír que la Sala no pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la consulta.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala se abstiene de conceptuar sobre la consulta planteada por el señor Ministro de Gobierno.

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

SALA DE CONSULTA

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

ORGANISMOS FINANCIEROS INTERNACIONALES - Aportes / RESERVAS INTERNACIONALES - Inversión / PRESUPUESTO NACIONAL - Apropiaciones / BANCO DE LA REPUBLICA - Funciones

Las leyes y el decreto-ley 1457 de 1956, aprobatorios de los convenios por los cuales el país se ha vinculado a organismos financieros internacionales, lo autorizan para que efectúe los aportes contemplados en ellos. El Gobierno puede reglamentarlos, de conformidad con el artículo 189, ordinal 11, de la Constitución, para facilitar su cumplimiento. Además, las sumas correspondientes deben ser incluidas en la ley de apropiaciones para que puedan ser afectadas al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, con los requisitos prescritos por la Constitución y la ley orgánica del Presupuesto Nacional.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Santa Fe de Bogotá D. C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Humberto Mora Osejo*

Referencia: Consulta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Radicación No. 540.-

Se absuelve la consulta que el señor, Ministro de Hacienda y Crédito Público hace a la Sala sobre la forma como deben cumplirse las obligaciones contraídas con entidades financieras internacionales, que se hacían efectivas a través del Banco de la República con cargo a las reservas internacionales. Afirma que este mecanismo fue cambiado por el artículo 14 de la Ley 31 de 1992, que establece que la Junta Directiva del Banco de la República podrá

hacer aportes a organismos internacionales con cargo a dichas reservas, siempre que ellos constituyan activos de reserva y que los únicos aportes que tienen esta naturaleza son los que se han efectuado a los fondos Monetario Internacional y Latinoamericano de Reservas. Como, de este modo, los demás aportes no se pueden seguir haciendo con cargo a las reservas internacionales, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público pregunta:

"a) Corresponde al Gobierno Nacional reglamentar las leyes aprobatorias de los tratados para que se efectúen los aportes y contribuciones a esos organismos con cargo al Presupuesto General de la Nación? o, "

b) La aprobación de apropiaciones presupuestales en la ley anual del Presupuesto implica la autorización del gasto conforme lo dispone la Carta, o es preciso acudir previamente ante el H. Congreso de la República para que autorice la realización de estos pagos con cargo al Presupuesto Nacional?".

LA SALA CONSIDERA:

1o.) Desde su creación, en 1923, el Banco de la República ha estado encargado de administrar las reservas internacionales del Estado, como una de las más importantes funciones que cumple como banca central. Esta administración consiste en mantener la necesaria liquidez del país para atender sus obligaciones económicas en el exterior. De este, modo, el Banco de la República debe invertir las reservas internacionales en condiciones de seguridad y liquidez, sin que pierdan su naturaleza, para que gocen de inmunidad en el ambiente internacional, como requisito indispensable de estabilidad de la economía nacional.

En consecuencia, el Banco de la República no puede otorgar crédito con cargo a las reservas internacionales, ni efectuar ningún acto de disposición de ellas, sino de conformidad con la Constitución y la ley. Debe conservarlas invertidas, como garantía de estabilidad, seguridad y liquidez de la economía nacional.

2o.) Como se expone en la consulta, los aportes realizados por el Banco de la República a los fondos Monetario Internacional y Latinoamericano de Reservas constituyen activos de reservas, porque fácilmente pueden convertirse en la moneda extranjera necesaria para pagar o cumplir las obligaciones contraídas por el país en el exterior. La naturaleza y finalidad de estos fondos, que fueron creados para equilibrar la balanza de pagos de los países miembros, hace que mediante el manejo de cuentas especiales se puedan convertir en

recursos efectivos cuando los países afiliados los necesiten.

3o.) Según las leyes y el Decreto 1457 de 1956, aprobatorios de los convenios internacionales de adhesión del Estado a organismos financieros internacionales, distintos de los fondos Monetario Internacional y Latinoamericano de Reservas, se deduce que su finalidad consiste en fomentar el desarrollo económico de los países miembros, mediante inversiones con alta rentabilidad, aunque no tengan liquidez inmediata, circunstancia que impide que los aportes que el país debe efectuar se realicen con cargo a esas reservas internacionales.

4o.) Con fundamento en el criterio antes expuesto, el artículo 14 de la Ley 31 de 1992, con el objeto de preservar las reservas internacionales y mantener el equilibrio económico nacional, limitó su utilización para efectuar los aportes a organismos financieros internacionales, "siempre y cuando dichos aportes constituyan también activos de reserva".

De manera que los aportes a los demás organismos financieros internacionales, en calidad de miembro, el Estado debe efectuar los con sus recursos ordinarios y con fundamento en la ley, siempre que además la erogación esté prevista en las apropiaciones del presupuesto nacional; pues según el artículo 345 de la Constitución, no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o por los concejos distritales o municipales, ni efectuarse ninguna transferencia para gastos no previstos en el presupuesto. Además, el artículo 346 de la Constitución prescribe que "en la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, a dar cumplimiento al plan nacional de desarrollo".

5o.) La Sala considera que las leyes y el decreto ley 1457 de 1956, aprobatorios de los convenios por los cuales, el país se ha vinculado a organismos financieros. internacionales, lo autorizan para que efectué los aportes contemplados en ellos. El Gobierno puede reglamentarlos, de. conformidad con el artículo 189, ordinal 11, de la Constitución, para facilitar su cumplimiento. Además, las sumas correspondientes deben ser incluidas en la ley de apropiaciones para que puedan ser afectadas al cumplimiento de, las obligaciones internacionales del Estado, con los requisitos prescritos por la Constitución la ley orgánica del Presupuesto Nacional.

SALA DE CONSULTA

Con fundamento en lo expuesto,

LA SALA RESPONDE:

1o.) Las leyes y el Decreto 1457 de 1956, aprobatorios de los tratados y convenios a que se refiere la consulta, autorizan al gobierno para hacer efectivas las obligaciones contraídas por el Estado mediante esos actos, con los organismos financieros internacionales. El gobierno nacional, con fundamento en el artículo 189, ordinal 11, de la Constitución puede reglamentarlos para facilitar su cumplimiento.

2o) Los partidos correspondientes deben incluirse en el presupuesto de gastos de la Nación, con los requisitos prescritos por la Constitución y la ley orgánica del presupuesto nacional.

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

Elizabeth Castro Reyes

Autorizada su publicación el 8 de noviembre de 1993

FUERZAS MILITARES / POLICIA NACIONAL / FONDO ROTATORIO / FONDOS / RESERVA PRESUPUESTAL / RENDIMIENTO FINANCIERO - Destinatario

Las sumas que han entregado las Fuerzas Militares y la Policía Nacional a los Fondos Rotatorios y a la Industria Militar con ocasión de órdenes de pedido para su dotación, son cantidades que han debido permanecer en la reserva presupuestal mientras se perfeccionaban los contratos celebrados entre los Fondos o la Industria Militar y los contratistas proveedores. Sin embargo, fueron entregados antes de dicho perfeccionamiento, conservan su carácter de recursos de la Nación que no pueden ingresar al patrimonio de las citadas entidades descentralizadas. Los rendimientos financieros obtenidos como resultado de la inversión de las sumas mencionadas, recibidas por los Fondos o por Indumil, son de la Nación y por lo mismo deben ser girados a la entidad que los entregó, para el cumplimiento de las órdenes de pago. Como se indicó, los rendimientos que se produzcan por la inversión de recursos provenientes del presupuesto de la Nación no pueden ser utilizados por los entes descentralizados, por tanto aquellos rendimientos deben ser girados a las entidades que inicialmente entregaron los recursos.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas*

SALA DE CONSULTA

Referencia: Radicación 546. Consulta formulada por el Ministerio de Defensa Nacional sobre destino de los rendimientos financieros que se obtengan sobre los anticipos que se entregan a Fondos Rotatorios.

El Ministerio de Defensa Nacional ha formulado a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

ANTECEDENTES

1. El Ministerio de Defensa Nacional en ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas por la Constitución y la ley, con fundamento en el articulo 259 y 264 del Estatuto de Contratación Administrativa (decreto 222 de 1983) suscribe contratos interadministrativos con los Fondos Rotatorios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, a fin de obtener agilidad en los trámites de adquisición de bienes para la defensa nacional, cuyo pago se efectúa con presupuesto general de la Nación.

2. En ejecución de las órdenes de pedido las Fuerzas Militares y la Policia Nacional, Unidades Ejecutoras del presupuesto nacional, giran el 90% del valor total de la orden de pedido al respectivo Fondo Rotatorio; dineros que ingresan a la Entidad Descentralizada y se les da un trata miento de rentas propias, según lo dispuesto por el artículo 22 de la ley 38 de 1989 Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

3. El material reservado se solicita en la Orden de Pedido realizando un estimativa en cantidades y asignándole un valor total. Recibida la orden de pedido el Fondo Rotatorio respectivo procede a iniciar el trámite de adquisición mediante licitación nacional o internacional y solo hasta la adjudicación se conocen los precios reales; por lo que las cantidades solicitadas son superiores o inferiores, en cuyo caso las Fuerzas o la Policía Nacional sin efectuar el valor total presupuestado en la orden de pedido procede a realizar modificación mediante otra orden de pedido ajustando las cantidades al valor real de adquisición, esta modificación en la mayoría de los casos se realiza en la vigencia siguiente a la orden de pedido.

4. Los recursos dispuestos en los Contratos Interadministrativos que se transfieren a manera de anticipos por el rubro operación comercial, generan rendimientos financieros en estos Establecimientos Públicos del Orden Nacional.

Por lo que se :

CONSULTA:

1. Se pregunta, los recursos obtenidos como resultado del Contrato Interadministrativo o de la orden de pedido, que ingresan a la Entidad Descentralizada, llámese Fondo Rotatorio o Industria Militar, qué carácter adquieren?

2. Los rendimientos financieros obtenidos como resultado de la colocación de estos dineros por parte del ente descentralizado (Fondos Rotatorios e Indumil) en entidades bancarias, a quién pertenecen?

3. Es factible y procedente conforme a la legislación vigente utilizar en beneficio de los citados entes administrativos, los rendimientos que generen depósitos constituidos con recursos del presupuesto nacional en cumplimiento de los fines previstos por las normas de su creación?

LA SALA CONSIDERA:

1.) Los Fondos Rotatorios de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y la Industria Militar son entidades descentralizadas del orden nacional adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, que tienen por objeto abastecer a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional de todos los bienes y material de guerra necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

2.) Según el decreto 2353 de 1971, por el cual se reorganizan los Fondos Rotatorios de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando dichas entidades celebren contratos para dotar de bienes y servicios a las distintas fuerzas o a la Policía Nacional con cargo a los presupuestos de éstas, se deberán efectuar las correspondientes reservas presupuestases que respalden la contratación, mediante solicitud de los Comandos de Fuerza y de la Dirección de la Policía Nacional (art. 24).

3.) El artículo 264 del Decreto ley 222 de 1983 dispone que las solicitudes de bienes que hagan el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, el Comando General de las mismas y la Policía Nacional a los Fondos Rotatorios y a la Industria Militar, se harán constar en órdenes de pedido y se legalizarán mediante cuentas de cobro.

4.) De lo anterior se deduce:

a. Que las órdenes de pedido para dotación de bienes y servicios efectuadas por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional a los Fondos Rotatorios o a la Industria Militar, no constituyen contratos interadministrativos, sino simples solicitudes para que se provean los elementos necesarios para sus actividades, porque en esas órdenes no se da el elemento consensual necesario en los contratos; en este caso, la entidad solicitante unilateralmente decide pedir al Fondo respectivo que la dote de los elementos necesarios para su funcionamiento.

b. Que los Fondos Rotatorios y la Industria Militar en cumplimiento de las funciones para las cuales fueron creados, deben celebrar los contratos necesarios para adquirir los bienes y servicios a nombre de las entidades que los adquieren.

c. Que las entidades solicitantes, una vez enviadas las órdenes de pedido, deben disponer que se lleven a cabo las reservas presupuestases correspondientes para garantizar el pago oportuno de las cuentas de cobro que presenten los Fondos Rotatorios o la Industria Militar.

d. Que en este orden de ideas, ni las Fuerzas Militares ni la Policía Nacional deben entregar anticipos a los Fondos Rotatorios y a la Industria Militar, por concepto de las órdenes de pedido para dotación de bienes y servicios porque como se indicó, ellas no constituyen contratos interadministrativos.

e. En consecuencia, si las Fuerzas Militares o la Policía Nacional han entregado sumas de dinero a los Fondos Rotatorios o a la Industria Militar como "anticipo" para el cumplimiento de las órdenes de pedido, sin estar obligadas a ello, y el valor del suministro es inferior a dichas cuantías, los Fondos y la Industria Militar deben devolver a aquellas entidades los saldos incrementados por los rendimientos obtenidos durante el tiempo que manejaron los denominados "anticipos".

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Defensa Nacional a saber:

Las sumas que han entregado las Fuerzas Militares y la Policía Nacional a los Fondos Rotatorios y a la Industria Militar con ocasión de órdenes de pedido para su dotación, son cantidades que han debido permanecer en la reserva presupuestal mientras se perfeccionaban los contratos celebrados entre los Fondos o la Industria Militar y los contratistas proveedores. Sin embargo, fueron entregados antes de dicho perfeccionamiento, conservan su carácter de recursos de la Nación que no pueden ingresar al patrimonio de las citadas entidades descentralizadas.

Los rendimientos financieros obtenidos como resultado de la inversión de las sumas mencionadas, recibidas por los Fondos o por Indumil, son de la Nación y por lo mismo deben ser girados a la entidad que los entregó, para el cumplimiento de las órdenes de pago.

Como se indicó, los rendimientos que se produzcan por la inversión de recursos provenientes del presupuesto de la Nación no pueden ser utilizados por los entes descentralizados, por tanto aquellos rendimientos deben ser girados a las entidades que inicialmente entregaron los recursos.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por el Ministro de la Defensa Nacional.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación en noviembre 8 de 1993.

FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES - Naturaleza jurídica / FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES - Facultades / CONCILIACION

El Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como establecimiento Público del orden nacional adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, puede conciliar, de conformidad con la ley, antes de la presentación de la demanda o dentro de los correspondientes procesos que adelante la jurisdicción ordinaria, las controversias laborales fundadas, directa o indirectamente, en contratos de trabajo, con fundamento en la mencionada ley.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-
Santa Fe Bogotá D. C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Humberto Mora Osejo*

Referencia: Consulta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte sobre la viabilidad de la conciliación laboral en la jurisdicción ordinaria. Radicación No. 548.

Se absuelve la consulta que el Señor Ministro de Obras públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Permítanme en calidad de Ministro de Obras Públicas y Transporte, formular ante Ustedes por conducto de la Secretaría jurídica de la Presidencia de la República, consulta encaminada a resolver algunas inquietudes en materia de conciliación laboral por parte del FONDO DE

PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, como Establecimiento Público del Orden Nacional creado por Decreto 1591 de julio 17 de 1989, de acuerdo con los siguientes planteamientos e interrogantes, a saber:

1. La ley 21 de febrero 1° de 1988, sobre programa de recuperación del servicio público del transporte ferroviario nacional, en su Artículo Séptimo, estableció que la Nación asumiría el pago de las pensiones de jubilación de cualquier naturaleza de las demás prestaciones sociales, y de las indemnizaciones y sentencias condenatorias laborales ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de La Empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

2. En desarrollo de la citada ley, de acuerdo con las facultades consagradas en su Artículo Octavo, se profirió el Decreto 1586 de julio de 1989, por medio del cual se suprimió la Empresa Industrial y Comercial del Estado FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, creada por Decreto 3129 de 1954.

3. El Artículo 16 del Decreto 1586 de julio 18 de 1989, estableció: Los conflictos jurídicos que se susciten con ocasión de los contratos de trabajo a partir de la vigencia del presente Decreto serán de conocimiento exclusivo de la justicia laboral ordinaria.

Así mismo los procesos en curso a ante la comisión de Conciliación y Arbitraje de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en liquidación, pasarán en el estado en que se encuentren a la jurisdicción ordinaria del trabajo.

4. En cumplimiento del mandato consagrado en la norma antes transcrita, las demandas laborales originadas con ocasión del contrato de trabajo celebrado entre la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y sus trabajadores y que cursaban en la Comisión de conciliaciones y Arbitraje de la citada Empresa, Tribunal éste de creación convencional, pasaron en el estado en qué se encontraban a la justicia ordinaria laboral, donde se profirieron autos de ésta o similar naturaleza: "avóquese el conocimiento y adecúese el trámite.....".

5. A su vez, y para dar cumplimiento al artículo séptimo de la Ley 21 de 1988, se creó el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, mediante Decreto 1591 de julio 18 de 1989 como establecimiento público del orden nacional, con personaría jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, el cual, en desarrollo de su objeto, cumplirá las siguientes funciones: Artículo 3°. K. "Ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la

Nación, de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y del Artículo Séptimo de la Ley 21 de 1988 o de las que se generen como consecuencia del desarrollo de las facultades de que trata la citada ley;

6. Ante la liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y en acatamiento del mandato consagrado en las normas antes citadas, el FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, se convirtió en sujeto pasivo del cúmulo de demandas cursantes en los juzgados laborales, en contra de la desaparecida Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se sigue notificando de las nuevas demandas promovidas por los extrabajadores ferroviarios, que tienen origen en la relación laboral que existió con la liquidada Empresa Industrial y Comercial del Estado en mención.

7. En el momento en que, en cumplimiento del Artículo 16 del Decreto 1586 de 1989, los negocios en curso ante la Comisión de Conciliación fueron radicados ante la Justicia Ordinaria del Trabajo, para lo de su competencia, los Despachos Judiciales, sin excepción alguna, profirieron auto disponiendo avocar conocimiento y adecuar el procedimiento a las previsiones normativas del C.S.T.

8. Como los conflictos tienen origen en una relación laboral contractual de una Empresa Industrial y Comercial del Estado y que por razón de su liquidación fueron asumidos por el Establecimiento Público denominado FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, su trámite se adecuó al procedimiento ordinario y como dicho procedimiento posee como una de sus etapas estructurales de la conciliación surge entonces el dilema si frente al Artículo 23 del Código de Procedimiento Laboral cabría la posibilidad para el FONDO de acceder a la conciliación, teniendo en cuenta que éste por mandato legal es un Establecimiento Público.

9. Con la promulgación de la Ley 23 se plasmó la conciliación voluntaria en materia contencioso administrativo para los Entes Estatales, pero no se dijo nada sobre conciliación en materia laboral precisamente porque los conflictos de esta naturaleza surgidos entre la administración pública y sus servidores,se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativa, presentándose el vacío para el caso del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, que como Establecimiento Público, se convirtió en sujeto pasivo de un cúmulo de demandas originadas en la relación laboral de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, cuyo trámite se adecuó luego al procedimiento ordinario laboral.

Entonces, ante la prevalencia de la Ley 23 de 1991, el espíritu del Artículo 53 de la Constitución Nacional sobre facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, la aplicación del debido proceso a que se refiere el Artículo 29 de la Carta Constitucional, frente a la obsolescencia del Artículo 23 del Código Procesal del Trabajo, y las premisas antes indicadas.

SE CONSULTA:

Tiene el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, como Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, capacidad jurídica para conciliar procesal y extraprocesalmente sobre conflictos laborales, originados en relación laboral o contractual, de los extrabajadores que prestaron sus servicios a la desaparecida empresa industrial y comercial del Estado, denominada Ferrocarriles Nacionales de Colombia?. En caso afirmativo en base en qué normatividad?".

LA SALA CONSIDERA:

1o.) El artículo 23 del Código Procesal del Trabajo disponía que "no procede la conciliación cuando intervienen personas de derecho público". El fundamento de esta disposición, reiteradamente expuesto por la jurisprudencia y la doctrina, consistía en considerar que las personas jurídicas de derecho público no pueden transigir y, por lo mismo, tampoco conciliar.

2o.) Sin embargo, el artículo 22 de la ley 23 de 1991 sin excepción prescribe que "será obligatorio acudir ante las autoridades administrativas de trabajo con el fin de intentar un arreglo conciliatorio, como requisito de procedibilidad para ejercer acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral". De manera que la transcrita disposición subrogó el artículo 23 del Código Procesal del Trabajo.

3o.) La conciliación debe intentarse, antes de la presentación de la demanda, ante el Inspector de trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o, en su defecto, ante "la primera autoridad política del lugar en donde se haya prestado el servicio, o del domicilio de la persona a la que va dirigida la citación, a elección del reclamante". Pero las partes, dentro del proceso, también pueden solicitarla conjuntamente, "cuando hayan logrado las bases de un posible acuerd", para que la convoque y realice el juez de conocimiento (artículos 25 y 26 de la ley 23 de 1991).

4o.) Las personas Jurídicas de derecho público no sólo pueden conciliar las controversias de carácter laboral, de conocimiento de la jurisdicción ordinaria,

sino también las civiles y comerciales y las de responsabilidad contractual y extracontractual que se surtan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículos 2°. y 6°. del Decreto 2651 de 1991).

5o.) El artículo 53 de la Constitución de 1991 corrobora lo expuesto, en cuanto prescribe, como principio fundamental, el derecho de los trabajadores a conciliar y transigir los "derechos inciertos y discutibles".

Con fundamento en lo expuesto,

LA SALA RESPONDE:

El Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como establecimiento Público del orden nacional adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, puede conciliar, de conformidad con la ley, antes de la presentación de la demanda o dentro de los correspondientes procesos que adelante la jurisdicción ordinaria, las controversias laborales fundadas, directa o indirectamente, en contratos de trabajo, con fundamento en la mencionada ley.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los Señores Ministro de Obras Públicas y Transporte y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 22 de noviembre de 1993.

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades / COMISION CONSTITUCIONAL PERMANENTE / BANCO DE LA REPUBLICA / JUNTA DIRECTIVA / MIEMBRO DE DEDICACION EXCLUSIVA - Licitación / PLENARIAS DE LAS CAMARAS - Facultades

Las comisiones constitucionales permanentes de la Cámaras Legislativas disponen de aptitud constitucional, otorgada por el inciso final del art. 208 y dentro del marco de la institución del control político, para citar a los miembros de dedicación exclusiva del Banco de la República con el fin de que expliquen el contenido y alcance del informe rendido al Congreso por mandato del art. 371, de la Constitución. Las plenarias de las Cámaras no están constitucionalmente autorizadas para citar a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación No. 547. Consulta sobre estación a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, por parte de las plenarias de las Cámaras y de las Comisiones Constitucionales Permanentes.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público (E), doctor Héctor José Cadena Clavijo, formula a la Sala la siguiente consulta:

SALA DE CONSULTA

ANTECEDENTES:

1. Conforme a lo previsto en el artículo 372 de la Constitución Política y 27 de la Ley 31 de 1992, por la cual se reorganiza el Banco de la República, su Junta Directiva está integrada, así:

El Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien la preside;

El Gerente General del Banco; y cinco (5) miembros más, de dedicación exclusiva, nombrado por el Presidente de la República para períodos individuales de cuatro (4) años.

2. De conformidad con el inciso 3o. del artículo 208 de la Constitución Política, las Cámaras pueden requerir la asistencia de los Ministros del Despacho, y las Comisiones Constitucionales Permanentes, además, la de los Viceministros, Directores de Departamentos Administrativos, Gerente del Banco de la República, Presidentes, Directores o Gerentes de entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.

3. El anterior mandato constitucional ha sido desarrollado por los artículos 233 a 235 de la Ley Orgánica No 5 de 1992, que contiene el Reglamento del Congreso de la República.

4. A su turno, el artículo 137 de la Constitución Política prevé la facultad de las Comisiones Constitucionales Permanentes para citar a sesiones especiales a personas naturales o jurídicas, con el fín de que rindan declaraciones sobre hechos relacionados directamente con indagaciones que esas comisiones están adelantando.

5. Los artículos 254 y 255 de la Ley 5a. de 1992, regulan la obligación de presentar informes al Congreso a cargo del Gobierno, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, y el Banco de la República, quien lo debe hacer sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten.

6. El inciso 4° del articulo 50 de la Ley 31 de 1992, por la cual se regula toda la actividad del Banco de la República, establece la facultad de las Comisiones Terceras Constitucionales Permanentes de ambas Cámaras para citar al Gerente General y a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, con el fín de que expliquen el informe que debe

presentar el Banco a dichas Comisiones, sobre la ejecución de las políticas monetaria cambiaría y crediticia.

7. Por último, el parágrafo 2° del artículo 249 de la Ley 5a. de 1992 establece que cuando las Cámaras citen a "funcionarios públicos", se seguirá el procedimiento previsto para la citación de Ministros del Despacho.

CONSULTA:

Con base en lo expuesto, consulto a esa Honorable Corporación:

1. Pueden las Comisiones Constitucionales Permanentes, distintas de las Terceras, citar a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

2. Pueden las Plenarias de las Cámaras citar a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

3. En el evento en que las dos preguntas anteriores sean respondidas afirmativamente, la citación a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco debe serlo institucional, es decir, como cuerpo colegiado o puede serlo a alguno o algunos de ellos?.

LA SALA CONSIDERA:

I. Control político del Congreso sobre el Gobierno y la Administración Pública, en la Constitución vigente hasta 1991. La tesis de Montesquíeu, adoptada por la Revolución Francesa, según la cual es indispensable que dentro del Estado cada poder actúe como compensador de los demás poderes y de este modo detenga o corrija sus eventuales excesos, evolucionó hasta conferir al Congreso un control de naturaleza política en relación con el funcionamiento del Gobierno y la rama ejecutiva.

En Colombia, la Carta Política de 1886, aunque tímidamente todavía dado el ostensible predominio otorgado al sistema presidencial, incorporó algunos esbozos de aquella tendencia que procuraba el ejercicio de un poder público sometido al escrutinio del Congreso. De esta guisa eran las acusaciones de la Cámara de Representantes ante el Senado, cuando hubiera justa causa, contra el Presidente y el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, los Consejeros de Estado, el Procurador General de la Nación y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como los juicios políticos que, una vez admitida públicamente la acusación, adelantaba el Senado contra los expresados

funcionarios, a quienes podía imponer la pena de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos. (*Ibídem*, arts. 97 y 102 ordinales 4° y 5°). Igualmente, cada Cámara podía pedir a los Ministros los informes escritos o verbales que necesite para el mejor desempeño de sus trabajos o para conocer los actos de la Administración, salvo en relación con las instrucciones dadas por el Gobierno a agentes diplomáticos, o informes sobre negociaciones que tengan carácter reservado (*Ibídem,* art. 103 ordinal 6°).

Algunas reformas efectuadas a la Constitución de 1886, especialmente las de 1945 y 1968, consideraron indispensable el fortalecimiento del control que corresponde ejercer al Congreso sobre la rama ejecutiva del poder público.

A partir del año primeramente citado, el Gobierno Nacional, que estaba conformado desde la expedición de la Constitución original por el Presidente de la República y los Ministros del Despacho Ejecutivo, también estuvo constituido por los Jefes de los Departamentos Administrativos, y como consecuencia, se dispuso el siguiente deslinde de competencias: las Cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros, mientras las comisiones permanentes de las mismas pueden requerir la asistencia de los jefes de departamentos administrativos, en ambos casos con la finalidad de adelantar debates que permitan conocer el ejercicio de funciones, y por ende, el desarrollo de programas y la ejecución de proyectos por parte de los mencionados funcionarios gubernamentales. Correlativamente, los Ministros y los Jefes de los de parlamentos administrativos quedaron obligados a presentar al Congreso un Informe anual sobre el estado de los negocios adscritos a sus Despachos, y sobre las reformas que la experiencia aconseje que se introduzcan. (Acto Legislativo No.1 de 1945, arts. 132 y 133).

La enmienda constitucional de 1968, por su parte, amplió el campo de acción de las citaciones a funcionarios públicos por parte de las Cámaras y sus comisiones permanentes, y así dispuso: "Las Cámaras pueden requerir la asistencia de los Ministros, y las comisiones permanentes de las Cámaras pueden requerir, además, la asistencia de los Viceministros, Jefes de Departamentos administrativos y Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas del orden nacional". (Acto legislativo No 1 de 1968, art.134 inc.tercero). El control político del Congreso sobre el Gobierno resultó igualmente ampliado en relación con sus atribuciones ejercidas durante el Estado de Sitio y con respecto al plan nacional de desarrollo económico y social. (*Ibídem*, art. 14 y 42).

II. El control político en la Constitución de 1991. Concretamente en los aspectos relacionados con informes y citaciones, la nueva Constitución amplia aún más la órbita de competencia del Congreso de la República. De este modo se procura fortalecer la tarea que incumbe al Congreso para recibir

informes escritos de funcionarios de la rama ejecutiva, o que ejercen funciones fiscalizadoras, en los casos expresamente señalados por la Carta Política; o por intermedio de sus Cámaras y comisiones permanentes, para citar a determinados funcionarios con el fin de que rindan informes verbales acerca de asuntos de su incumbencia.

Respecto de **informes**, prescribe la Constitución que determina dos funcionarios públicos deben rendirlos al Congreso, para que aquella Corporación esté en mejores condiciones de ejercer las funciones de naturaleza legislativa y política que le corresponden. Así, por ejemplo, el Presidente de la República debe presentar informe al Congreso, al iniciarse cada legislatura, sobre los actos de la Administración, sobre la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y sobre los proyectos que el Gobierno se proponga adelantar durante la vigencia de la nueva legislatura (art.189-12); los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos presentarán al Congreso, dentro de los primeros quince días de cada legislativa, informe sobre el estado de los negocios adscritos a su Ministerio o Departamento Administrativo, y sobre las reformas que consideren convenientes (art.208 inc. tercero); el Presidente de la República deberá presentar informes motivados al Congreso durante el Estado de Guerra, sobre las razones que motivaron la declaración del Estado de Conmoción Interior y acerca de las causas que determinaron el Estado de Emergencia (arts.212, 213 y 215); el Contralor General de la República debe presentar al Congreso un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente, así como sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado (art.268, numerales 7 y 11); el Procurador General de la Nación, tiene la obligación de rendir anualmente un informe de su gestión al Congreso (art. 277 numeral 8); y el Defensor del Pueblo debe rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones (art.282 numeral 7).

Igualmente, en relación con el Congreso, una de las obligaciones constitucionales del Gobierno consiste en rendir a las Cámaras los informes que éstas soliciten sobre negocios que no demanden reserva. (Art.200 numeral 5).

Respecto de **citaciones**, cada Cámara está facultada para citar y requerir a los ministros para que concurran a las sesiones a los cuestionarios escritos que se les formulen con anticipación no menor de cinco días y las comisiones permanentes, además y con el mismo fín, a los viceministros, los Directores de Departamentos Administrativos, el Gerente del Banco de la República, los Presidentes, Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y, sin hacer discriminaciones, a "otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público". (Arts.135-8 y 208 inciso final de la Constitución).

III. Informes del Banco de la República al Congreso y citación a los miembros de su Junta Directiva. El Banco de la República está en la obligación de rendir al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten, por expreso mandato del inciso final del art. 371 de la Constitución Política.

Para tales efectos, la Ley 31 de 1992, por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y el Gobierno para las que le corresponden en relación con el Banco, preceptúa en su art. 5° que dentro de los diez días siguientes a la iniciación de cada período de sesiones ordinarias (es decir, que dicho lapso se contará a partir del 16 de marzo y del 20 de julio de cada año), la Junta Directiva del Banco de la República presentará por intermedio de su Gerente un informe al Congreso, sobre la ejecución de las políticas monetaria , cambiaría y crediticia, así como sobre la política de administración y composición de las reservas internacionales y de la situación financiera del Banco y sus perspectivas. Empero, si en el curso de un período de sesiones legislativas llegare a presentarse un cambio sustancial en las mencionadas políticas respecto de lo informado por el Gerente, deberá presentarse un informe adicional al Congreso en un plazo máximo de quince días en el cual se señale el origen de la situación y se expliquen las medidas adoptadas.

Hasta ahí el punto relativo a los informes que, por mandato constitucional, debe rendir al Congreso el Banco de la República, los cuales no son obstáculo para que aquella Corporación pueda solicitar al Banco los demás informes que requiera para el cabal cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien: en relación con los informes primeramente mencionados, la reglamentación legal dispone que deberán presentarse por el Gerente del Banco a las Comisiones Terceras de Senado y Cámara en sesiones exclusivas citadas para tal efecto dentro del período legislativo correspondiente, debiendo las mismas debatir y evaluar los informes recibidos y entregar sus conclusiones a las plenarias respectivas.

Como complemento de la tarea informativa a cargo de la Junta Directiva del Banco de la República, la Ley 31 de 1992 agrega que podrán citarse a las Comisiones terceras de Senado y Cámara al Gerente General y a los miembros de la Junta Directiva con el fin de que expliquen el contenido del informe y las decisiones adoptadas. En estos casos se seguirá el procedimiento de citación previsto para los ministros y demás funcionarios públicos en el artículo 249 de la Ley 5a. de 1992 (Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes).

IV. De los informes y de las citaciones. En lo atinente a informes y citaciones, la Sala considera conveniente hacer las observaciones siguientes:

a. La materia relacionada con los informes que la Constitución prescribe que sean presentados al Congreso, puede ser desarrollada por la ley para efectos de determinar su periodicidad, su contenido y la Cámara o Comisión Permanente encargada de asumir su estudio y emitir dictamen. (Así lo ha entendido, además, el legislador, cuando al expedir la Ley 5a. de 1992 dedicó su Sección 6a., arts. 254 a 260, al tema de los informes).

Algunos de los funcionarios que tienen la obligación de presentar informes sobre el cumplimiento de sus deberes, pueden ser citados a las plenarias o a las comisiones permanentes, con el fín de explicar dichos informes o responder interrogatorios relacionados con asuntos de su incumbencia. Pero otros funcionarios (Presidente de la República, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo), no se encuentran en la lista correspondiente de los empleados oficiales que pueden ser objeto de citación para efectos de absolver los cuestionarios escritos que les sean formulados, ni, supuestamente, para responder a interrogatorios verbales.

De manera que la obligación de rendir informes escritos al Congreso, no implica necesariamente la comparecencia del informante a las plenarias para que a su vez proceda a rendir informes verbales en relación con los mismos. Para que la plenaria pueda proceder en este último sentido, o en su caso la respectiva Comisión Permanente, será menester que así lo disponga expresamente la Constitución o la ley. De lo contrario, el informe escrito tendrá si, tendrá su propia autonomía y, por ende, habrá que considerarlo desligado del procedimiento de citación.

b. Los informes escritos que están obligados a presentar al Congreso de la República, el Presidente, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, y el Banco de la República, en caso de incumplimiento acarrean consecuencias que pueden llegar a calificarse por las Cámaras respectivas como de mala conducta por parte del funcionario responsable y, en tratándose de Ministros del Despacho, a la aplicación de las disposiciones especiales de control político relacionadas con la moción de censura. (Ley 5a. de 1992, art. 259).

c. Las citaciones de funcionarios públicos por las plenarias (procedimiento que comprende exclusivamente a los Ministros del Despacho) o por las comisiones permanentes (en relación con los Ministros, los Viceministros, los Directores de Departamentos Administrativos, los Presidentes, Directores o Gerentes de

las entidades descentralizadas del orden nacional y con otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público), conduce a que rindan informes verbales sobre asuntos de su competencia y, de no hacerlo, habrá lugar a la moción de censura en el caso de los ministros y a la moción de observación en los demás casos, conforme al precepto contenido en el art. 261 de la Ley 5a. de 1992. Por lo demás, esta clase de citaciones tienen alcance general y dada su naturaleza, no admite discriminaciones. Por tanto, cualquiera de las comisiones constitucionales permanentes, atendiendo a sus requerimientos y necesidades del servicio, está habilitada por el inciso final del art. 208 de la Carta Política para citar a cualquiera de los funcionarios mencionados.

Como puede colegirse, los informes y las citaciones tienen su propia e independiente regulación en la Constitución y, con fundamento en ésta, en la ley que desarrolla los preceptos correspondientes.

En el caso del Banco de la República, los informes de que trata el art. 371 de la Constitución se rinden al Congreso por intermedio de las Comisiones Terceras de Senado y Cámara y son éstas, exclusivamente, las que de manera general y complementaria pueden citar a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, incluido el Gerente General de la institución, para efectos de explicar el contenido y alcance de dichos informes.

A las plenarias de Senado y Cámara corresponderá conocer y de debatir las conclusiones que acerca del informe presentado por la Junta Directiva del Banco de la República a través de su Gerente General, hayan sido elaboradas por las Comisiones Terceras, luego del estudio y evaluación del informe recibido. Las plenarias respectivas deberán entonces estudiar las conclusiones elaboradas por aquellas Comisiones, sin que a su turno se encuentren autorizadas para proceder nuevamente a citar a los miembros de dedicación exclusiva de dicha Junta.

LA SALA RESPONDE:

Las comisiones constitucionales permanentes de las Cámaras Legislativas disponen de aptitud constitucional, otorgada por el inciso final del art. 208 y dentro del marco de la institución del control político, para citar a los miembros de dedicación exclusiva del Banco de la República.

Las Comisiones Terceras de Senado y Cámara, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5° de la Ley 31 de 1992, están autorizadas para citar a los miembros de dedicación exclusiva del Banco de la República con el fín de que expliquen el contenido y alcance del informe rendido al Congreso por mandato del art. 371, inciso final, de la Constitución.:

RAD. -547

Las plenarias de las Cámaras no están constitucionalmente autorizadas para citar a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 10 de noviembre de 1993.

TRIBUTO ESPECIAL / IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Recargo / DESCUENTO TRIBUTARIO

El tributo especial prescrito por el artículo 11 de la ley 6ª. de 1992 - 248-1 del Estatuto Tributario- equivale a un recargo del 25 del impuesto sobre la renta. Los "descuentos tributarios", regulados por el Capítulo X del Estatuto Tributario, deben efectuarse, cuando proceden, del monto correspondiente al valor del impuesto sobre la renta, en él incluído el recargo del 25.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil-
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 556.- Consulta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la interpretación que se debe dar a la noción de Impuesto Neto prevista en el artículo 11 de la ley 6a. de 1992.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"En mi condición de Ministro de Hacienda y Crédito Público, acudo ante esa Honorable Corporación con el objeto de solicitar, con fundamento en lo previsto en el articulo 98 del Código Contencioso Administrativo, se absuelva la consulta que procedo a formular en los siguientes términos:

El Gobierno Nacional presentó ante el H. Congreso Nacional, el proyecto de Ley No. 20 (Cámara) de 1992, "por el cual se expiden normas en

materia tributaria y se dictan otras disposiciones cuyo artículo 16 era del siguiente tenor:

"Contribución especial a cargo de los contribuyentes del impuesto sobre la renta. Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo"

"Artículo 248-1 (transitorio). Contribución especial a cargo de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta. Créase ,una contribución especial para los años gravables 1993 a 2002, inclusive, a cargo de los declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios. Esta contribución será equivalente al del impuesto sobre la renta y complementarios"

Cumplidos los trámites constitucionales pertinentes, el referido proyecto se convirtió en la ley 6a. de 1992, y el texto del artículo 16 fué aprobado con diferente numeración en los siguientes términos.

Artículo 11. Contribución Especial a cargo de los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: Artículo 248-2. Contribución Especial a cargo de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Créase una contribución especial para los años gravables 1993 a 1997, inclusive, a cargo de los declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios. Esta contribución será equivalente al veinticinco por ciento (25%) del impuesto neto sobre la renta determinado por cada uno de dichos anos gravables y se liquidará en la respectiva declaración de renta y complementarios. (la subraya no es del original).

El Régimen Tributario no prevé ni define el concepto de "Impuesto neto". El artículo 26 del Estatuto Tributario, señala los conceptos aplicables para depurar los ingresos y determinar el impuesto a cargo de los contribuyentes, así:

"La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables en

tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta liquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley. (subrayas fuera del texto).

Siguiendo una estricta concordancia con este esquema, el Estatuto Tributario está estructurado bajo la misma metodología de depuración de los ingresos conducente a determinar el impuesto a cargo del contribuyente, como se evidencia con el siguiente análisis:

El Título I, titulado "Renta", consta de los siguientes capítulos:

Capítulo I. Ingresos.
Capítulo II. Costos.
Capitulo III. Renta Bruta.
Capítulo IV. Rentas Brutas Especiales.
Capítulo V. Deducciones.
Capítulo VI. Renta Líquida.
Capítulo VII. Rentas exentas. Son las que el artículo 26, transcrito, denomina "salvo las excepciones legales".
Capítulo VIII. Renta gravable especial.
Capítulo IX. Tarifas del Impuesto de Renta. En este capítulo está ubicado el artículo 248-1, que regula la Contribución Especial a cargo de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta, objeto de ésta consulta.
Capítulo X. Descuentos Tributarios.

No obstante, en el formulario correspondiente, a la declaración de renta y complementarios del año gravable de 1992, el renglón destinado a la liquidación de esta contribución fué ubicado a continuación de los diferentes descuentos tributarios que, conforme al esquema descrito, disminuyen el impuesto a cargo del contribuyente.

Esta solución aparentemente obedeció al hecho de haberse entendido que el concepto de "impuesto neto" implica depurar el impuesto a cargo del contribuyente mediante la aplicación de los descuentos tributarios pertinentes, haciéndose así una distinción entre el impuesto bruto y el impuesto neto, por vía de interpretación y no porque la ley la haya establecido.

Empero, un análisis jurídico más detenido y científico podrá conducir, a nuestro juicio, a plantear la siguiente argumentación:

El Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, consagra las reglas que se deben observar para interpretar la ley. Así, el artículo 26 señala que los jueces y los funcionarios públicos en la aplicación de las leyes, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido y define que las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina.

Como se destacó antes, el concepto "impuesto neto sobre la renta" no está regulado ni definido en la Legislación Tributaria. Por ello, la interpretación gramatical tanto técnica como corriente, y el estudio de la historia fidedigna de su establecimiento, no permiten inferir el alcance ni los efectos de esta expresión.

Dado lo anterior, podría llegar a concluirse que la regla de interpretación pertinente es la definida en el artículo 30 del Código Civil, conforme al cual el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Este método de interpretación, conocido como interpretación sistemática de la ley, permitiría, a nuestro juicio elaborar el siguiente razonamiento:

1. La Legislación Tributaría no define la expresión "impuesto neto sobre la renta" utilizada por el artículo 248-1 del Estatuto Tributario.

2. El artículo 248-1 hace parte del Capítulo IX Tarifas del Impuesto de Renta, anterior al Capítulo Descuentos Tributarios.

Le solicito en forma especial a los H. Consejeros de Estado conceptuar si la siguiente interpretación es jurídicamente correcta:

El contexto, es decir, el orden sistemático o estructural del Estatuto Tributario, autoriza deducir que la contribución regulada en su artículo 248-1 se líquida sobre el resultado de aplicar la tarifa del impuesto de renta a la renta líquida o renta gravable del contribuyente. O, con otras palabras, la contribución especial regulada por el artículo 248-1, es equivalente al 25% del impuesto de renta y los descuentos tributarios regulados en el Capítulo X, se aplican después de la liquidación de la aludida contribución".

SALA DE CONSULTA

LA SALA CONSIDERA:

1o.) La consulta tiene por objeto definir el alcance del artículo 11 de la ley 6a. de 1992, en relación con las demás disposiciones del Decreto ley 624 de 1989 o Estatuto Tributario. La Mencionada disposición textualmente prescribe:

"Artículo 11. Contribución Especial a cargo de los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: Artículo 248-1. Contribución Especial a cargo de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Créase una contribución especial para los años gravables 1993 a 1997, inclusive, a cargo de los declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios. Esta contribución será equivalente al veinticinco por ciento(25%) del impuesto neto sobre la renta determinado por cada uno de dichos años gravables y se liquidará en la respectiva declaración de renta y complementarios".

2o.) De la transcrita disposición claramente se infiere, por una parte, que adiciona como "artículo 248-1"el artículo 248 del Estatuto Tributario y, además, que grava, durante los años de 1993 a 1997, a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios con un recargo equivalente al 25% del valor del Impuesto.

Esta interpretación se deduce tanto del carácter adicional del precepto como de su claro tenor literal; pues, según el artículo 27 del Código Civil, "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

3o.) El capítulo X del Estatuto tributario versa sobre "descuentos tributarios". Estos descuentos se deducen, según el artículo 249 *ibídem*, "del monto del impuesto sobre la renta". En consecuencia, del monto del valor del impuesto sobre la renta, incluido el recargo del 25% prescrito por el artículo 11 de la ley 6a. de 1992, deben deducirse, cuando proceden, "los descuentos tributarios".

Esta interpretación coincide con la que expone el Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Rudolf Hommes.

Con fundamento en lo expuesto,

LA SALA RESPONDE:

1o.) El tributo especial prescrito por el artículo 11 de la ley 6a. de 1992 - 248-1 del Estatuto Tributario equivale a un recargo del 25% del impuesto sobre la renta.

2o.) Los descuentos tributarios regulados por el Capítulo X del Estatuto Tributario, deben efectuarse cuando proceden, del monto correspondiente al valor del impuesto sobre la renta, en él incluido el recargo del 25%.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores ministro de Hacienda y Crédito Público y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA / AUDITOR - Funciones / CONTROL FISCAL / JURISDICCION COACTIVA / AUDITORIA - Estructura / CONGRESO - Facultades / AUDITORIA / AUTONOMIA PRESUPUESTAL.

El auditor debe ejercer el control de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República. La gestión fiscal de la Contraloría General de la República consiste en la administración de los bienes y los recursos fiscales, asignados a ella para su funcionamiento, de manera que su manejo se afecte de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Los instrumentos o mecanismos jurídicos que tiene el auditor para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, como son los controles financieros, de legalidad, de gestión, de resultados, y la revisión de cuentas, con las variantes propias de su función y atendiendo a la naturaleza de la entidad controlada. De este modo, el auditor puede expedir los actos administrativos necesarios para cumplir con sus atribuciones, incluídos los que deba expedir en los procesos de responsabilidad fiscal. El Auditor es el funcionario indicado para que pueda ejercer la jurisdicción coactiva con el fin de hacer efectivos los créditos a favor del Tesoro Público, por responsabilidad de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Sinembargo, como esta función no hace parte del control fiscal sino que consiste en un procedimiento ejecutivo posterior, el legislador debe atribuir esta función expresamente al auditor para que la pueda ejercer. Mientras se expide la ley que prescriba el procedimiento para rendir cuentas los empleados de manejo de la Contraloría General de la República y los criterios evaluadores, el auditor debe revisar y fenecer las cuentas de dichos funcionarios con base en el reglamento general que sobre la materia haya dictado el Contralor General de la República. El parágrafo del artículo 64 de la ley 42 de 1993, dispone

que las remuneraciones del personal de la Contraloría General de la República serán pagadas con cargo al presupuesto de esta entidad. En este orden de ideas, se tiene que los demás gastos de la auditoría deben hacerse con cargo a dicho presupuesto, en el que se determinan rubros específicos para la Auditoría. Además, mientras el legislador no dispone otra cosa, el ordenador del gasto de estos recursos será el Contralor General de la República.

CONTRALORIA MUNICIPAL / CONTRALORIA DISTRITAL / CONTRALORIA DEPARTAMENTAL / CONTRATOS - Celebración / GOBERNADOR - Facultades / ALCALDE - Facultades / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Autorización / CONCEJO MUNICIPAL - Autorización / CONCEJO DISTRITAL - Autorización / CONTRALORIAS / PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia / AUTONOMIA PRESUPUESTAL.

Las Contralorías departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar directamente toda clase de contratos para el cumplimiento de sus funciones; estos deben ser celebrados respectivamente por el correspondiente gobernador o alcalde debidamente autorizados por la asamblea departamental o por el concejo distrital o municipal, según el caso. La Constitución no otorga personería jurídica a dichas entidades, ni autoriza a las entidades mencionadas para que se la reconociera; por este motivo las contralorías departamentales sí son entidades técnicas de los departamentos o municipios y dependen de ellos para celebrar los contratos necesarios para su funcionamiento. Además ni la ley 42 de 1993 ni la ley 80 de 1993 reconocen personería jurídica a los Contralores Departamentales, distritales y municipales. La autonomía presupuestal de las contralorías departamentales se refiere a la ejecución del presupuesto ejercida directamente por ellas, sin la injerencia de otra entidad o funcionario, pero la determinación del presupuesto está limitada por el art. 245 del Código de Régimen Departamental. Autorizada su publicación el 3 de diciembre de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr Jaime Betancur Cuartas.*

SALA DE CONSULTA

Referencia: Radicación 550. Consulta sobre el alcance del Control Fiscal que debe ejercer el auditor ante la Contraloría General de la República y sobre la facultad de contratación de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales.

El Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

El Ministro de Gobierno, a solicitud del Señor Contralor General de la República, comedidamente solicita el concepto de esa Honorable Sala: a) En relación con el control Fiscal que debe ejercer el Auditor ante la Contraloría General de la República y b) sobre el presupuesto de las contralorías departamentales y su facultad para contratar, de conformidad con las normas constitucionales y legales y en especial las de la ley No. 42 de 1993 "SOBRE LA ORGANIZACION DEL SISTEMA DE CONTROL FISCAL FINANCIERO Y LOS ORGANISMOS QUE LO EJERCEN"

a).- AUDITOR ANTE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

En desarrollo del artículo 267 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la ley 42 de 1993 y determinó el conjunto de preceptos reguladores de los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal señalados en la citada ley.

No obstante lo anterior, se hace indispensable aclarar ciertas inquietudes que surgen, frente a la manera como el auditor ejercerá la vigilancia de la gestión fiscal en dicha Entidad, así como otras funciones relacionadas con personal y presupuesto para la Auditoría.

En relación con el tema se consulta:

1.- Qué interpretación debe darse al contenido del artículo 274 de la Constitución Política, en cuanto al alcance del control fiscal?

2.- Cómo ejercería en particular el Auditor la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloria?

3.- En la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría, ejercida por el auditor, se entiende la de vigilar el control que el Contralor General de la República ejerce en la administración? esto implica que el auditor podría valorar si el órgano de Control vigiló tales entidades y cómo lo hizo?

4.- Cuál es el concepto de la gestión fiscal que realiza la Contraloría General?

5.- Qué instrumentos jurídicos tendría el auditor para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República?. Puede el auditor ante la Contraloría General de la República, proferir actos administrativos para el normal ejercicio de sus funciones, incluídos los que se deriven del "proceso de responsabilidad fiscal" a que hacen referencia los artículos 72 y siguientes de la ley 42 de 1993?

6.- Puede el auditor ante la Contraloría General ejercer la jurisdicción coactiva, según los artículos 90 y siguientes de la ley 42 de 1993, e imponer sanciones de acuerdo con los principios contenidos en los artículos 99 y siguientes de la citada ley?

7.- Cuál sería la forma de llevar a cabo la revisión de la cuenta de la Contraloría General de la República por parte del auditor?. Podría utilizar la reglamentación que con fundamento en la Constitución y la ley expida el Contralor?

8.- Mediante qué instrumento jurídico, puede el auditor de la Contraloría General de la República, designar, nominar y remover funcionarios de despacho a su cargo?

9.- En cuanto que la ley 42/93 no menciona qué entidad debe pagar los gastos de funcionamiento e inversión de la Auditoría de la Contraloría General de la República, se puede considerar que éstos serán igualmente pagados con cargo al presupuesto de la Contraloría General de la República?. Cómo se ordenarían dichos gastos?

b).- PRESUPUESTO DE LAS CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES Y SU FACULTAD PARA CONTRATAR.

El artículo 245 del Código de Régimen Departamental - Decreto 1222/86, establece:

"ARTICULO 245.- 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."

En la Constitución Política de Colombia se establece en relación con los gastos de las contralorías:

"Artículo 308.- La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de

las asambleas y de las Contralorías Departamentales. (Las subrayas son fuera de texto).

De conformidad con los artículos transcritos, el dos por ciento (2%), de que trata el artículo 245 citado continuará vigente por cuanto no pugna con la Constitución de 1991, ya que dicha limitación tiene su fundamento en el artículo constitucional, tal como existía en la Carta de 1886.

Sinembargo, el artículo 272 de la Constitución Política en su inciso tercero establece que:

"Artículo 272.- ...

Corresponde a las Asambleas y a los Concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

...."

El Honorable Consejo de Estado a través de su SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL conceptuó con fecha del 11 de diciembre de 1992, radicación No. 485, en relación con la referida autonomía en algunos de sus apartes:

"4.) La autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías departamentales, distritales y municipales no significa que no tengan o que se les debe reconocer personería jurídica, sino que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados directa o exclusivamente por cada una de esas entidades y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario."

"5.) Los contralores departamentales, distritales y municipales, para ejercer la facultad excepcional que les confiere la Constitución (art. 272, Inciso 6o.) de contratar, mediante autorización legal, "con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal", no requieren autorización especial de ordenanza departamental o acuerdo municipal: la Constitución sólo exige que mediante autorización legal".

En los términos anteriores quedó claramente establecido por el Consejo de Estado, que la autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías no les permitía contratar en general, como personas jurídicas independientes del departamento o municipio, según fuera el caso. Y por

otra parte, no existía duda sobre la vigencia de la limitación del dos por ciento (2%) de los presupuestos departamentales para los gastos de las contralorías.

Sinembargo, con la expedición de la ley 42 de 1993, surgieron dudas al atribuír a las contralorías departamentales, distritales y municipales, autonomía contractual; y en cuanto a la vigencia de la limitación del dos por ciento (2%), del cual se ha venido hablando al establecer:

"Artículo 66.- En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las Asambleas y Consejos distritales y municipales deberán dotar a las Contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y **contractual**, de tal suerte que les permita cumplir con sus funciones técnicas". (la negrilla es fuera de texto).

Con fundamento en lo expuesto se consulta sobre este tema:

1.- Pueden las contralorías departamentales, distritales y municipales celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones ?

2.- La autonomía presupuestal de las Contralorías departamentales las libera del límite del dos por ciento (2%) de que trata el artículo 245 del Código de Régimen Departamental?. O, puede entenderse que esta norma no pugna con la Constitución de conformidad con su artículo 308, y que por tanto la autonomía presupuestal de que trata el H. Consejo de Estado en el concepto ya citado, se refiere al manejo directo, por el Contralor Departamental, de las partidas que en el presupuesto del departamento se le asignan, pero manteniendo siempre en dicha asignación el citado dos por ciento (2%)?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1.) El artículo 274 de la Constitución Nacional dispone que "La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia".

2.) A la función de vigilancia que la Constitución atribuye al auditor de la Contraloría General de la República corresponde el control fiscal regulado en el artículo 267 *ibídem* que se manifiesta a través de los controles financiero, de gestión y de resultado.

3.) El artículo 63 de la ley 42 de 1993 prevé que el auditor de la Contraloría General de la República ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal señalados en dicha ley. Al respecto, el artículo 9o. *ibídem,* establece que en el ejercicio del control fiscal se pueden aplicar los sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, la revisión de cuentas y la evaluación del control financiero.

Cada uno de estos controles tiende a verificar si la gestión fiscal se cumplió eficazmente, es decir, si las entidades públicas hicieron una utilización adecuada de los recursos financieros de la Nación.

4.) En los artículos 72 y siguientes de la ley 42 de 1993, se regula todo lo relativo al proceso de responsabilidad fiscal, mediante el cual se puede establecer la responsabilidad de los funcionarios cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación.

El artículo 74 *ibídem,* dispone que **los organismos de Control Fiscal** pueden iniciar el proceso de responsabilidad fiscal de oficio o a solicitud de parte.

5.) De manera que el auditor de la Contraloría General de la República, como funcionario de control fiscal, está obligado a aplicar todos los mecanismos que establece la ley 42 de 1993, en cuanto sean necesarios. La ley debe conferirle las facultades indispensables para el cumplimiento de sus funciones, que son independientes y autónomas de la autoridad del Contralor General de la República.

6.) Según el artículo 91 de la mencionada ley 42 de 1993, "los contralores para exigir el cobro coactivo de las deudas fiscales podrán delegar el ejercicio de esta atribución en la dependencia que de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad se cree para este efecto". De esta disposición se deduce que las mismas entidades que ejercen el control fiscal deben adelantar los procesos de jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos por responsabilidad fiscal.

Sinembargo, como la norma legal específicamente no menciona al auditor de la Contraloría General de la República, es necesario que el legislador otorgue esta competencia a dicho funcionario para que ejerza la jurisdicción coactiva directamente y no a través de la dependencia respectiva de la Contraloría, lo que no es conveniente por cuanto los empleados que la componen son subalternos del Contralor General y porque, además ellos también pueden llegar a ser sujetos del control fiscal y por parte de la Auditoría.

7.) Según lo dispuesto por el número 7, del artículo 150 de la Constitución al congreso le corresponde determinar la estructura de las entidades del orden nacional. De este modo, es claro que la estructura de la auditoría, debe ser señalada por el legislador.

Como se indicó, para que el auditor y sus colaboradores puedan tener plena independencia para ejercer el control fiscal en la Contraloría General de la República, la designación de los empleados no la puede efectuar el Contralor General, sino el auditor atendiendo a la estructura establecida en la ley y a las disposiciones vigentes sobre carrera administrativa y administración de personal civil. Del mismo modo, este organismo **debe gozar de autonomía administrativa y presupuestal** que le permita actuar sin depender de la Contraloría General de la República.

I. Con fundamento en todas las anteriores consideraciones, la Sala responde los interrogantes formulados en la consulta en relación con el auditor de la Contraloría General de la República:

1o) La Constitución Nacional previó en el artículo 274 **que debía ejercerse un control fiscal** sobre la gestión financiera de la Contraloría General de la República, a través de un auditor designado por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia.

2o) El auditor debe ejercer el control de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República de conformidad con lo preceptuado por el artículo 267 de la Constitución Nacional y la ley 42 de 1993.

3o) Como consecuencia de la aplicación de las normas citadas, el auditor ejercerá un control sobre la utilización de los recursos financieros de la Contraloría General de la República. Este control no va dirigido a valorar la vigilancia que la Contraloría ejerce sobre los órganos del Estado, sino la forma como se efectúa el manejo de los mencionados recursos. La vigilancia de la conducta de los funcionarios públicos, incluidos los de la Contraloría General de la República, corresponde a la Procuraduría General de la Nación de conformidad con la Constitución y la ley.

4o) La gestión fiscal de la Contraloría General de la República consiste en la administración de los bienes y los recursos fiscales, asignados a ella para su funcionamiento, de manera que su manejo se efectúe de conformidad con disposiciones constitucionales y legales.

5o) Los instrumentos o mecanismos jurídicos que tiene el auditor para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de La

República son los señalados en la ley 42 de 1993, como son los controles financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, y la revisión de cuentas, con las variantes propias de su función y atendiendo a la naturaleza de la entidad controlada.

De este modo, el auditor puede expedir los actos administrativos necesarios para cumplir con sus atribuciones, incluídos los que deba expedir en los procesos de responsabilidad fiscal.

6o) El auditor es el funcionario indicado para ejercer la jurisdicción coactiva con el fin de hacer efectivos los créditos a favor del Tesoro Público, por responsabilidad de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Sinembargo, como esta función no hace parte del control fiscal sino que consiste en un procedimiento ejecutivo posterior, el legislador debe atribuir esta función expresamente al auditor para que la pueda ejercer.

De otra parte el auditor puede aplicar las sanciones señaladas en el artículo 99 y siguientes de la ley 42 de 1993, cuando los funcionarios sujetos a control hayan obrado contrariando los principios de eficacia, eficiencia, economía y equidad y cuando obstaculicen las investigaciones fiscales.

7o) Por la autonomía que debe tener el auditor de la Contraloría General de la República, corresponde a la ley determinar y regular sus funciones.

Mientras se expide la ley que prescriba el procedimiento para rendir cuentas los empleados de manejo de la Contraloría General de la República y los criterios de evaluación, el auditor debe revisar y fenecer las cuentas de dichos funcionarios con base en el reglamento general que sobre la materia haya dictado el Contralor General de la República en desarrollo del artículo 268, numeral 1, de la Constitución.

8o) Como se indicó en las consideraciones, el legislador debe determinar la estructura de la auditoría y crear los cargos necesarios para que pueda ejercer idóneamente la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República.

La ley 42 de 1993 no regula ni la estructura de la auditoría ni los cargos que le estén adscritos.

La Sala reitera que los servidores de la auditoría deben pertenecer a esta entidad.

9o) La Sala estima que la auditoría de la Contraloría General debe gozar de autonomía presupuestal. Sin embargo, el parágrafo del artículo 64 de la ley 42 de 1993, dispone que las remuneraciones del personal de la auditoría de la Contraloría General de la República serán pagadas con cargo al presupuesto de ésta entidad.

En este orden de ideas, se tiene que los demás gastos de la auditoría deben hacerse con cargo a dicho presupuesto, en el que se determinan rubros específicos para la auditoría. Además, mientras el legislador no disponga otra cosa, el ordenador del gasto de estos recursos será el Contralor General de la República.

De otra parte, en cuanto la consulta se refiere a las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Sala conceptúa sobre los interrogantes planteados, lo siguiente:

1.)- Las Contralorías departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar directamente toda clase de contratos para el cumplimiento de sus funciones; éstos deberán ser celebrados respectivamente por el correspondiente gobernador o alcalde debidamente autorizados por la Asamblea departamental o por el Concejo Distrital o Municipal, según el caso.

Excepcionalmente, por expresa disposición del inciso quinto, del artículo 272 de la Constitución Nacional, los contralores departamentales, distritales y municipales, pueden contratar a empresas privadas nacionales para que ejerzan la vigilancia fiscal que les corresponde.

Además, el inciso tercero del artículo 272 de la Constitución Nacional ordena que "corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías, como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal".

De donde se deduce que la Constitución no otorgó personería jurídica a dichas entidades, ni autorizó a las corporaciones mencionadas para que se la reconociera; por este motivo, las contralorías departamentales sólo son entidades técnicas de los departamentos o municipios y dependen de ellos para celebrar los contratos necesarios para su funcionamiento. Además ni la ley 42 de 1993 ni la ley 80 de 1993 reconocen personería jurídica a los Contralores Departamentales, distritales y municipales.

2.) El artículo 308 de la Carta Política prevé que la ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas, entre otras, a los gastos de funcionamiento de las contralorías departamentales. Sobre este aspecto, el

artículo 245 del Código de Régimen Departamental dispone que las partidas anuales para gastos totales de las contralorías departamentales no podrán exceder del dos por ciento (2%) de los respectivos presupuestos de los departamentos.

Esta norma no contraría la disposición Constitucional mencionada, de manera que conserva su vigencia mientras no sea derogada o modificada por una ley posterior.

Así las cosas, la Sala estima que la autonomía presupuestal de las contralorías departamentales se refiere a la ejecución del presupuesto ejercida directamente por ellas, sin la injerencia de otra entidad o funcionario, pero la determinación del presupuesto está limitada por el artículo 245 del Código de Régimen Departamental mencionado.

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; *Javier Henao Hidrón* (con aclaración de voto); *Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco* (con aclaración de voto).

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 3 de diciembre de 1993.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Facultades / CONTRALORIA DISTRITAL - Facultades / CONTRALORIA MUNICIPAL - Facultades / CONTRATOS - Celebración (Aclaración de Voto).

Las contralorías departamentales, distritales y municipales pueden celebrar todos los contratos contemplados en la ley 80 de 1993, para el cabal cumplimiento de sus funciones; deben ser celebrados por sus respectivos jefes o directores en los términos de la ley citada.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia : Radicación No. 550. Consulta sobre el alcance del control fiscal que debe ejercer el Auditor ante la Contraloría General de la República y sobre la facultad de contratación de las contralorías departamentales, distritales y municipales.

El suscrito Consejero aclara su voto en cuanto a la pregunta No.1 de la segunda parte de la consulta, y que se formula en los siguientes términos:

"Pueden las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones?".

Se Considera:

1.- El artículo 272 de la Constitución Política faculta a las asambleas departamentales y concejos distritales y municipales para organizar las

respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de "autonomía administrativa y presupuestal".

Tal disposición, al permitir tal autonomía, implícitamente está concediendo una Incipiente Iniciativa de carácter contractual a los contralores a que se refiere la norma.

2.- El artículo 2o. de la ley 80 de 1993, para efectos de la contratación administrativa, enumera lo que denomina entidades estatales.

En el literal a):

"La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas Industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".

Agrega en el literal b):

"El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos."

Lo expresado en las disposiciones transcritas nos llevan a la conclusión que por la ley citada se reafirmó la facultad para contratar de las personas jurídicas estatales, dentro del marco que les fija la ley 80 de 1993; pero a su vez crea una especie de personería jurídica limitada exclusivamente para contratar que la misma ley denomina "capacidad para celebrar contratos", reservada a ciertos y determinados organismos del Estado que carecen de personería jurídica común concedida por ministerio de la ley a los sujetos del derecho del Estado, entre los que específicamente menciona a la Contraloría General de la República, a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Ello no quiere decir que con la facultad que confiere la ley 80 de 1993, se les esté otorgando a estos organismos personería jurídica con capacidad plena semejante a los demás sujetos de derecho estatal; simplemente se les está permitiendo celebrar contratos en los términos y condiciones establecidos por la ley 80.

Pero es más, en el artículo 6o. de la ley 80 de 1993 se está reafirmando la capacidad de contratación; y en el 11 se está otorgando la competencia para la celebración de licitación o concursos para escoger contratistas al Jefe de la entidad, especificando luego, en el literal b) del numeral 3o. del mismo artículo, que tal representación la tienen los contralores departamentales, distritales y municipales a nombre de sus respectivas entidades.

Agrega el artículo 30, en su numeral 1o. que el Jefe o representante de la entidad estatal ordenará la apertura por medio de acto administrativo motivado.

Luego la misma ley 80 de 1993 en su artículo 32 enumera los contratos estatales generadores de obligaciones que pueden celebrar las entidades del Estado; y en el artículo 39 se reglamenta la forma que debe adoptarse en todo contrato estatal.

Por último, en la ley 80 se trata, en el Capítulo V, sobre la "responsabilidad estatal", pero específicamente en el artículo 50 se dispone que "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista."

3.- Además, debe anotarse que la concesión de personería jurídica a las entidades del Estado no está reservada a normas de carácter constitucional. Antes, por el contrario, tal personería generalmente está asignada a estatutos de carácter legal o de naturaleza jurídica inferior.

Ello explica el porqué del artículo 80 de la ley 153 de 1887 norma, según la cual "la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas y reconocidas por la ley son personas jurídicas".

No se apreciaría entonces con claridad el porqué el Estado puede conceder personería jurídica a muchos de sus organismos a través de una ley y porque no puede dotar a otros de un atributo de esa personería cual es el de la capacidad jurídica para contratar.

Solo una limitación constitucional que prohibiera tal beneficio, no facultaría para la concesión de capacidad jurídica a ciertos organismos del Estado, lo que no ocurre en el caso en que se consulta.

Todo lo anterior no quiere decir que el nuevo estatuto de contratación y con relación al tema propuesto sea una panacea; sin embargo, ante su viabilidad debe estarse a él en aquello que no contraríe la Constitución.

En consecuencia considero que esta pregunta de la consulta ha debido responderse así:

Las contralorías departamentales, distritales y municipales pueden celebrar todos los contratos contemplados en la ley 80 de 1993, para el cabal cumplimiento de sus funciones; deberán ser celebrados por sus respectivos jefes o directores en los términos de la ley citada.

Respetuosamente,

Roberto Suárez Franco.

CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades / CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Facultades / CONTRALOR DISTRITAL - Facultades / CONTRALOR MUNICIPAL - Facultades / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Celebración (Aclaración de Voto)

El Contralor General de la República, los contralores departamentales, distritales y municipales, disponen, con sujeción a la ley, de capacidad para celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones, sin necesidad de acudir, como en la legislación anterior, al presidente, gobernadores y alcaldes, respectivamente.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAVIER HENAO HIDRON

Referencia: Radicación Numero 550.

De la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno acerca del alcance del control fiscal que debe ejercer el Auditor ante la Contraloría General de la República y sobre la facultad de contratación de las Contralorías, con el debido respeto me aparto de la respuesta dada a la pregunta que textualmente dice :

> ¿Pueden las contralorías departamentales, distritales y municipales celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones?.

La ponencia considera que las contralorías departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar directamente toda clase de contratos para el cumplimiento de sus funciones, por cuanto la competencia para la celebración de los mismos corresponde al gobernador o alcalde, debidamente autorizados por la respectiva Corporación Pública. Y que sólo excepcionalmente, por

disposición del art. 272 de la Constitución, dichos contralores pueden contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Sin embargo, sobre las leyes 42 y 80 de 1993, que expedidas con posterioridad a la Constitución de 1991 tratan Importantes temas relacionados con la facultad de contratación de los contralores, la ponencia se limita a decir que las mencionadas leyes "no reconocen personería jurídica a los Contralores (sic) departamentales, distritales y municipales".

Ciertamente, es preocupante que la Sala se hubiera abstenido,. no obstante nuestra insistencia, en hacer un análisis detenido de la ley 80 de 1993 que dictada con fundamento en el art. 150 inciso final, de la Constitución Política, contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el aspecto relacionado con la capacidad de contratación que es donde resulta decididamente innovadora.

La tesis de la ponencia es admisible si quien la sostiene se sitúa cronológicamente con anterioridad a la expedición de las leyes ya citadas, las cuales interpretan el espíritu de la nueva Constitución en relación con la descentralización y el ejercicio de la función administrativa.

Ante todo es menester distinguir entre la personería jurídica y la capacidad de contratación, aunque generalmente esta última se presenta como un atributo de aquélla.

No es la Constitución Política sino la ley, la que tradicionalmente ha reconocido personería jurídica a entidades públicas y regulado, en general, el régimen de las sociedades. Y tampoco ha sido la Constitución sino la ley, la encargada de determinar la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

La Nación, los departamentos, los municipios y otras entidades públicas son personas jurídicas, porque así lo dispuso el art. 80 de la ley 153 de 1887 y, en relación con las entidades descentralizadas, leyes posteriores. Y han sido los estatutos de contratación expedidos por el legislador en 1976, 1983 y 1993 los que han regulado la capacidad contractual.

Sólo excepcionalmente, la Constitución del 91 alude a la capacidad de contratación por parte del Presidente de la República (Art. 189-23), de los gobernadores y alcaldes (Arts. 300-9, 313-3), de los contralores -para el efecto de contratar, en casos especiales, la vigilancia fiscal con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos-, y del Registrador

Nacional del Estado Civil (Arts. 266, 267, 272). Pero de manera general, la Constitución ha autorizado a la ley para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y para regular la capacidad de las dependencias y entidades del Estado para contratar (Arts. 150 inciso final y 352).

Es así como la ley 80 de 1993, de reciente expedición, define para los solos efectos del Estatuto Contractual que ella contiene, cuáles son las entidades estatales y qué funcionarios públicos tienen capacidad para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva (Arts.2o. y 11).

Como consecuencia de la nueva orientación imprimida por el legislador al sistema de contratación pública, no solamente las personas de derecho público sino también los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorgue la correspondiente capacidad, están habilitados para celebrar contratos.

De esa manera, la capacidad de contratación surge como una característica especial de ciertos organismos o dependencias del Estado que, por regla general, carecen de personería jurídica, pero que por disposición de la ley adquieren competencia para celebrar contratos por intermedio de sus jefes o representantes. Así ocurre, por ejemplo, con los ministros y directores de departamentos administrativos, superintendentes y otros funcionarios públicos, incluidos los contralores.

Para tales funcionarios la capacidad de contratación comprende el ámbito de los contratos estatales, como una manera de cumplir las tareas asignadas a la dependencia que ha sido puesta bajo su responsabilidad y no puede, por ende, ser restringida por el intérprete cuando ha sido otra la intención de la ley.

Es menester concluir que el Contralor General de la República, los contralores departamentales, distritales y municipales, disponen, con sujeción a la ley, de capacidad para celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones, sin necesidad de acudir, como en la legislación anterior, al presidente, gobernadores y alcaldes, respectivamente.

Javier Henao Hidrón

CONGRESISTA / VACANCIA ABSOLUTA / RENUNCIA - Aceptación

Si un Congresista renuncia a su investidura por escrito, y la Cámara o la Mesa Directiva llama directamente a quien le sigue en lista para que se posesione, por ese hecho no se entiende aceptada la renuncia, porque para ello se requiere de una decisión colegiada y expresa que debe comunicarse al renunciante para que cese en sus funciones. Después de cumplido este procedimiento se debe llamar al siguiente candidato de la lista no elegido para que lo reemplace. Mientras tanto, el Presidente de la Cámara no está autorizado para ejercer dicha atribución. Además la persona que deba reemplazar al renunciante no puede ser llamada formalmente ni posesionarse sino después de que se produzca la vacante definitiva.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación No. 554. Consulta sobre vacancia absoluta de los Congresistas y la forma de suplirla.

El Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez formula a la Sala la siguiente consulta:

El Ministro de Gobierno, a solicitud del Presidente de la H. Cámara de Representantes, doctor José Francisco Jattin Saffar, desea conocer el concepto de esa Honorable Sala en relación con la aplicación del artículo 134 de la

Constitución Política sobre vacancia absoluta de los Congresistas y la forma de suplirla.

Constitución Política

"Artículo 134. Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente".

"Artículo 138. El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirá una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio..."

Ley 5a. de 1992

"Artículo 274. Vacancias. Se presenta la falta absoluta del Congresista en los siguientes eventos: su muerte; la renuncia aceptada; la pérdida de investidura..."

"Artículo 265. Renuncia. Los senadores y Representantes pueden presentar renuncia de su investidura o representación popular ante la respectiva corporación legislativa, la cual resolverá dentro de los (10) días siguientes.

"En su receso lo hará la Mesa Directiva, en el mismo término.

"El Gobierno, el Consejo Nacional Electoral y la otra Cámara serán informadas al día siguiente de la resolución, para los efectos pertinentes".

"Artículo 278. Reemplazo. La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza la Presiden te 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 acreditar ante la Comisión de Acreditación Documental su condición de nuevo Congresista, según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral..."

En mérito de lo anterior se consulta:

1. Cuando la renuncia de los Congresistas no se presenta en forma personal, sino mediante escrito presentado por un tercero, para su validez

la renuncia debe llevar la certificación expedida por un notario u otra autoridad que haga sus veces, para efectos de que se entienda auténtica la firma respectiva?

2. Cuando la falta absoluta se produce como consecuencia de la renuncia presentada por un Congresista, para que pueda darse posesión al siguiente candidato no elegido que sigue en la lista al Congresista que renuncia, debe cumplirse estrictamente el trámite previsto en las normas citadas, esto es,:

a. Que la Cámara Mesa Directiva correspondiente, según el caso dicte el acto mediante el cual se acepte formalmente la renuncia, y

b. Que con fundamento en el hecho anterior, el Presidente de la Cámara respectiva o la Mesa Directiva, según el caso, llame al siguiente candidato en lista, no elegido para darle posesión?

O bien, cuando un Congresista renuncia por escrito y quien le sigue en lista, pero que no salió elegido se posesiona, puede entenderse que dicha posesión implica la aceptación de dicha renuncia y suple el llamamiento a que se refiere el artículo 278 de la ley 5a. de 1992?

La Sala considera:

1.) El artículo 132 de la Constitución Nacional dispone que los senadores y representantes serán elegidos para un período de cuatro años, que se inicia el 20 de julio siguiente a la elección. A su vez el artículo 134 *ibídem* ordena que las vacancias definitivas por "faltas absolutas los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente"; de igual manera, el artículo 261 prescribe que las vacancias absolutas en las Corporaciones Públicas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente.

2.) El artículo 274 de la ley 5a. de 1992 señala que las faltas absolutas de los congresistas se presentan: por muerte; **por renuncia aceptada**, por la pérdida de la investidura o cuando se pierde alguno de los requisitos generales de elegibilidad; por la incapacidad física permanente declarada por la respectiva cámara; por la revocatoria del mandato y por la declaración de nulidad de la elección.

3.) El artículo 275 de la ley 5a. de 1992 prevé que "los Senadores y Representantes pueden presentar renuncia de su investidura o representación

popular ante la respectiva corporación legislativa, **la cual resolverá dentro de los 10 días siguientes".**

"En su receso lo hará la mesa Directiva en el mismo término"

4.) Para suplir la falta absoluta de un Congresista, el artículo 278 de la ley 5a. de 1992 autoriza "al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción" para que ocupe la vacante.

5.) La renuncia es la expresión de la voluntad espontánea y libre del servidor público de separarse del servicio; tal manifestación debe hacerse en forma escrita y firmada directamente por el renunciante, con el objeto de quien deba aceptarla tenga plena certeza sobre la decisión del respectivo servidor. Tratándose de la renuncia de un Congresista, la Cámara respectiva debe exigir que él mismo presente su renuncia para poder cumplir con el procedimiento establecido en la ley.

Pero si esto no fuere posible, la firma del documento en que presente la renuncia, debe ser, autenticada ante la autoridad competente si se encuentra en el país, o ante un Cónsul de la República si se hallare en el exterior.

6.) Una vez aceptada la renuncia de un Congresista por la Cámara Legislativa a la cual pertenece, o en receso de ella, por la Mesa Directiva, se configura la falta absoluta produciéndose entonces la vacante definitiva del cargo. Con el fin de suplir esa falta, el Presidente de la Cámara respectiva debe llamar al siguiente candidato en la lista del ausente, que no haya sido elegido, según el orden de inscripción, para que ocupe la vacante. Además, para efectos de la posesión la persona llamada debe acreditar la condición de nuevo Congresista con la certificación que expida el Consejo Nacional Electoral (artículo 265, número 7 Constitución Nacional).

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes formulados por el señor Ministro de Gobierno:

1. Por regla general, la renuncia de un congresista a su investidura debe presentarse personalmente; pero si las circunstancias impiden al renunciante presentarla personalmente, debe autenticar su firma ante la autoridad competente, con el fin de que haya plena certeza sobre su voluntad de renunciar.

2. Siempre que un Congresista presente renuncia de su investidura, en debida forma, la Cámara respectiva o la Mesa Directiva, en receso, deberá resolver sobre ella, mediante acto expreso, dentro de los 10 días siguientes.

Aceptada la renuncia, y producida la falta absoluta, el presidente de la Cámara deberá llamar al siguiente candidato no elegido en la lista del renunciante que ocupe su lugar. El reemplazo debe acreditar su condición de Congresista ante la Comisión de Acreditación Documental, según certificación del Consejo Nacional Electoral. (art. 60 de la ley 5a. de 1992).

De manera que, si un Congresista renuncia a su investidura por escrito, y la Cámara o la Mesa Directiva llama directamente a quien le sigue en lista para que se posesione, por ese hecho no se entiende aceptada la renuncia, porque para ello se requiere una decisión colegiada y expresa que debe comunicarse al renunciante para que cese en sus funciones. Después de cumplido este procedimiento se debe llamar al siguiente candidato de la lista no elegido para que lo reemplace; mientras tanto, el Presidente de la Cámara no está autorizado para ejercer dicha atribución. Además, la persona que deba reemplazar al renunciante no puede ser llamada formalmente ni posesionarse sino después de que se produzca la vacante definitiva.

En los anteriores términos queda absuelta 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, Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 3 de diciembre de 1993.

DRI / PATRIMONIO AUTONOMO / PRESUPUESTO NACIONAL TRANSFERENCIAS / INVERSION DIRECTA / GASTOS DE INVERSION DIRECTA / CONTROL PRESUPUESTAL / MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - Facultades MANEJO CONTABLE / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades.

Los recursos correspondientes a las apropiaciones presupuestales que han sido entregados a las entidades ejecutoras de los programas del Fondo DRI, durante los años 1985 a 1989, son "inversiones indirectas" de conformidad con lo dispuesto por el art. 16 del decreto 294 de 1973; pero en el sentido de que tales inversiones se mantienen en el patrimonio del DRI hasta tanto no se haya legalizado la entrega a la entidad pública beneficiaria. Los recursos correspondientes a las apropiaciones presupuestases del Fondo DRI, que han sido transferidas a entidades ejecutaras del programa de Desarrollo integran Campesino desde 1990, no son inversiones indirectas ya que dicha calificación desapareció con la expedición de la ley 38 de 1989, estatuto del presupuesto general de la nación, conforme al cual pasan a ser consideradas como inversiones directas. Los recursos apropiados al Fondo DRI son parte de su patrimonio hasta la terminación de los programas y proyectos cofinanciados y su debida legalización. Tales inversiones son administradas por las entidades ejecutaras de dichos recursos hasta tanto realice la entrega y legalización a las entidades beneficiarias públicas de dichos programas y proyectos. Corresponde a los organismos señalados en los convenios de cofinanciación formalizar y legalizar la entrega de las obras a las entidades públicas beneficiarias. en los términos pactados en dichos convenios o contratos. Si no se hubiere pactado sobre el particular la legalización y formalización de la entrega se hará por el organismo

que contrató las obras. El patrimonio del Fondo DRI, está integrado por los rubros y bienes expresamente determinados en la ley; ello permite concluir que lo apropiado en el presupuesto que luego le es entregado debe ser incorporado a su patrimonio, sin consideraciones adicionales. Es obligación de todas las entidades de la Administración Pública, registrar e incorporar en sus estados financieros todas las operaciones económicas que resultan de su actividad. El control de los recursos del Fondo DRI corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el examen del manejo contable de los mismos a la Contraloría General de la República.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil
Santa Fe de Bogotá, D. C. , treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Consulta enviada del Ministerio de Agricultura relacionada con el Fondo DRI. Radicación No. 553.

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

"ANTECEDENTES JURIDICOS:

1. El 18 de junio de 1975, fué expedido el Decreto 1163 por medio del cual se creó el Consejo Nacional de Alimentación y Nutrición, para que el Departamento Nacional de Planeación asesora al Gobierno Nacional en lo relativo a la promoción, coordinación y evaluación del Plan Nacional de Alimentación y Nutrición -PAN-.

2. El 23 de junio de 1976 fue expedido el Decreto 1263 por medio del cual se creó el Comité Nacional de Programa de Desarrollo Rural integrado -DRI-, y se determinaron sus funciones con el fin de obtener la efectiva y permanente coordinación de dicho programa.

3. El 23 de julio de 1981 se expidió el Decreto 1965, que unificó las Direcciones de los programas DRI y PAN, por razones de economía en el gasto y eficiencia en la operación. De esta forma, el cargo de director del programa se denominó, Director General del Programa de Alimentación, Nutrición y Desarrollo Rural Integrado (DRI-PAN).

4. El Decreto 2867 del 13 de octubre de 1983, trasladó administrativamente el programa DRI-PAN, del Departamento Nacional de Planeación al Ministerio de Agricultura, correspondiéndole a este la dirección, ejecución, coordinación, evaluación y control del programa.

5. El 31 de mayo de 1985, se expide la Ley 47 por la cual: a) se crea el Fondo de Desarrollo Rural Integrado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de contribuir, a través del financiamiento de proyectos y programas, al desarrollo económico y social de las áreas de minifundio que señale el Gobierno; b)se establece que la ejecución de tales proyectos y programas se adelantaran por el Fondo, mediante convenios o contratos que celebre con entidades especializadas en las actividades que dichos proyectos y programas contemplen; c) le corresponde al Ministerio de Agricultura la administración del Fondo y su representante legal será el Ministro de Agricultura; d) se crea en el Ministerio de Agricultura, la Dirección General del Fondo de Desarrollo Rural Integrado.

6. Así mismo, la Ley 47 de 1985, en su artículo 3o. estipuló que "forman parte del patrimonio del Fondo de Desarrollo Rural Integrado:

1. Las partidas que en la fecha de la vigencia de la presente Ley se encuentren destinadas a la ejecución de los programas DRI-PAN en el presupuesto nacional.

2. Las sumas que se le asignen en el presupuesto nacional.

3. Los recursos provenientes de la financiación externa o interna que se contraten para la ejecución de programas de desarrollo rural Integrado.

4. Los bienes de cualquier índole adquiridos por los programas DRI- PAN o que se adquieran en el futuro.

7. La Ley 47/85 establece, de igual manera, que la vigilancia de la gestión fiscal del Fondo la ejercerá la Contraloría General de la República, a través de la Auditoría del Ministerio de Agricultura.

8. El Decreto Ley 077 del 15 de enero de 1987, en su artículo 45, define al Fondo de Desarrollo Rural integrado-Fondo DRI-, como "un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura, cuyo objetivo primordial es participar con los municipios y con el Distrito Especial de Bogotá, y otras entidades públicas y privadas, mediante mecanismos de cofinanciación, en la ejecución de programas y

proyectos de inversión destinados al desarrollo económico y social integral de las áreas de economía campesina y zonas de minifundio y colonización, con participación de las comunidades rurales beneficiarias". En este mismo artículo se estable ce que "los programas y proyectos que el Fondo DRI cofinancie serán ejecutados por entidades públicas o privadas especializadas o por las entidades territoriales beneficiarias, o contratada su ejecución por esta últimas con los particulares. Excepcionalmente el Fondo DRI podrá, en asocio con los municipios o con las demás entidades territoriales cofinanciadoras, celebrar contratos para la ejecución de ciertos proyectos cuando la entidad territorial beneficiaria no cuente con los elementos técnicos y administrativos para hacer la contratación directa".

9. En el artículo 48 del mencionado Decreto, se establece que "forman parte del patrimonio del Fondo DRI:

a) Las partidas del presupuesto nacional que en la fecha de vigencia del presente Decreto, se encuentren asignadas al Fondo DRI y las que en el futuro se le asignen.

b) Los recursos provenientes de la financiación interna o externa que se contrate para la ejecución de programas de desarrollo rural integrado.

c) Los bienes de cualquier índole que, a título oneroso o gratuito, haya adquirido y los que en el futuro adquiera".

Adicionalmente se señala en el artículo 49, que "los recursos de cofinanciación del Fondo DRI solamente podrán destinarse a programas y proyectos de inversión".

10. Finalmente, el Decreto 2132 de diciembre 29 de 1992, por el cual se reestructuran y fusionan entidades y dependencias de la administración nacional, dispone en su artículo 10, que "El Fondo de Desarrollo Rural Integrado se denominará Fondo de Cofinanciación para la inversión Rural -DRI, y continuará funcionando como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Todos los bienes, derechos y obligaciones del Fondo de Desarrollo Rural integrado formarán parte del patrimonio del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural DRI".

En el artículo 17 de este decreto se establece que el patrimonio y rentas del Fondo de Cofinanciación para la inversión Rural estarán conformados por:

1. Las sumas que se apropien en el presupuesto nacional;

2. Los bienes muebles e inmuebles que adquiera o reciba a cualquier título;

3. Todos los bienes, derechos y obligaciones que pertenecían al Fondo de Desarrollo Rural integrado DRI;

4. Las sumas correspondientes a las partidas o apropiaciones presupuestales que figuren en el presupuesto de la vigencia fiscal de 1993 a nombre de o para el Fondo de Desarrollo Rural Integrado DRI".

CONSIDERACIONES:

A. De orden institucional.

1. El Fondo DRI como persona jurídica tiene su origen en la ley 47 de 1985, Sin embargo, durante los años 1985, 1986 y 1987, su funcionamiento administrativo, presupuestal, patrimonial y contable, quedó circunscrito al de una dependencia del Ministerio de Agricultura. Esta circunstancia, configuró las siguientes situaciones:

a) En lo presupuestal, las partidas apropiadas para el Fondo DRI, se asignaron dentro del presupuesto del Ministerio de Agricultura, como parte de la ley de Presupuesto Nacional. Por lo tanto, la ejecución fué realizada por la Nación-Ministerio de Agricultura-Tesorería General de la República (Tesoral).

b) En lo administrativo, el Fondo DRI funcionó como una Dirección General del Ministerio de Agricultura.

c) En lo contable, la Contraloría General de la República (Contranal), estableció el Plan de Cuentas No. 064, destinado al registro de las operaciones del Fondo DRI, mediante la Resolución Orgánica No.011910 del 11 de marzo de 1987, cuya aplicación se inició en 1988.

d) En lo patrimonial, no se formalizó la debida separación de bienes y demás activos entre la Nación-Ministerio de Agricultura y el Fondo DRI.

e) Vale decir que durante el período indicado, no se materializaron las condiciones normativas y operacionales que permitieran configurar la actuación del Fondo DRI como entidad autónoma y cumplir el mandato de la Ley 47 de 1985.

2. El Fondo de Desarrollo Rural integrado-DRI, inició su gestión fiscal como Establecimiento Público, a partir del primero de enero de 1988. Igualmente, por primera vez, su presupuesto hizo parte de la Ley Anual de Presupuesto de los Establecimientos Públicos.

B. **De orden fiscal.**

La Contraloría General de la República, a través de la Dirección de Auditoría Financiera y Operativa, ha efectuado la revisión de los estados financieros del Fondo DRI, a saber:

- Auditoría 1984-1987, efectuada durante el primer semestre de 1989.

- Auditoría 1988-1989, efectuada durante el primer semestre de 1990.

- Auditoría 1990, efectuada en el segundo semestre de 1991.

- Auditoría 1991 , efectuada en el segundo semestre de 1992.

- Auditoría 1992, efectuada en el segundo semestre de 1993.

En los informes respectivos, la Contraloría ha exigido al Fondo DRI, lo siguiente:

a) En el primer informe, exigió la incorporación a los estados financieros, en condición de activos, de todas las partidas ejecutadas, como parte del Programa DRI, por la Nación-Ministerio de Agricultura, a partir de la expedición de la Ley 47 de 1985. Esto por considerar, que tales partidas hacen parte del patrimonio del Fondo, sin tener en cuenta las condiciones institucionales descritas en el punto A (1 y 2).

b) El Fondo DRI obtuvo la información pertinente a través de la entonces División Delegada de Presupuesto ante el Ministerio de Agricultura, debido a que durante las Fases 1 y 11 del Programa DRI, no existió un sistema contable, operativo y estadístico independiente que permitiera el registro físico de las inversiones efectuadas. La incorporación contable se realizó, tomando como documentos-soporte los listados levantados para el efecto. Esta fué objetada en el segundo informe de auditoría, por carecer de los documentos-fuente, es decir de las órdenes de pago giradas por Tesoral. Igualmente ha solicitado se levante un inventario físico de los activos fijos adquiridos por las entidades ejecutoras, durante la denominada Fase 11 del Programa DRI (1984-1989). Adicionalmente en el informe de 1991

se le agregó la petición de efectuar el inventario de bienes de la denominada Fase 1 del Programa DRI (1976-1984).

c) La Contraloría no ha aceptado el argumento formulado por el Fondo DRI, en el sentido de que jurídicamente se efectúe la separación, entre la ejecución del programa adelantado por la Nación y la ejecución efectuada por el Fondo DRI en su condición de Establecimiento Público. Por tal razón los actuales estados financieros no están reflejando una situación real, dado que se han incorporado "supuestos activos" que en realidad el Fondo DRI no posee ni poseerá.

d) Adicionalmente la Contraloría, en el informe de auditoría 1988-1989, aceptó conceptualmente que los aportes DRI, corresponden a transferencias de la Nación, es decir que son contribuciones hechas a las entidades beneficiarias con carácter de ayuda financiera. Sin embargo simultáneamente, exige la incorporación en los estados financieros del Fondo DRI, dándosela el tratamiento de activos, hasta tanto no se efectúe la legalización de la inversión y entrega formal al beneficiario final.

e) Vale la pena advertir que durante las Fases I y II de la ejecución del Programa DRI, el manejo de los empréstitos externos se hizo bajo la modalidad de "reembolso de gastos hechos" para el Crédito BIRF-2174 y de "legalización de anticipos" para los Créditos BID. El primer caso exige que los recursos nacionales de contrapartida sean los primeros en invertirse y una vez efectuada y demostrada (real, jurídica y documentalmente) la ejecución de los recursos, el organismo externo procede a realizar el reembolso respectivo, en el porcentaje establecido en el Contrato de Préstamo. En el segundo caso, se exige la misma demostración de ejecución durante la legalización del anticipo.

En consecuencia, las entidades ejecutaras del Programa DRI, demostraron la aplicación efectiva de los recursos de inversión transferidos, pues de otra manera no habría sido posible la ejecución de los préstamos externos de la Fase 11 del Programa DRI e inexorablemente hubiera operado la "suspensión de desembolsos".

f) Igualmente, durante las Fases 1 y 11 del Programa DRI, la Dirección de Auditoría Financiera y Operativa (DAFO) de Contranal, produjo los correspondientes informes de auditoría de las entidades ejecutoras. Esto implica que la Contraloría ha conocido y verificado la ejecución de las inversiones realizadas.

De otra parte, la Contraloría ha conocido los informes finales de evaluación de las Fases I y II, realizados, como exigencia de las entidades multilaterales (BIRF-BID). De igual forma ha analizado los informes finales sobre la Fase II, realizados directamente por los técnicos de dichos bancos multilaterales y en los cuales se declara su satisfacción con relación al cumplimiento de los objetivos programados, superándolos inclusive.

C. **De orden jurídico.**

1. Las normas legales que establecen la conformación del patrimonio del Fondo DRI, han contemplado que las partidas presupuestales a asignadas anualmente forman parte de éste. Sin embargo, las leyes Anuales de Presupuesto 1985, 1986, 1987, 1988 y 1989 ordenaron al Fondo DRI ejecutar las asignaciones en calidad de transferencias otorgadas a cada una de las entidades ejecutoras, fueren públicas o privadas.

2. La concurrencia de estos mandatos legales ha provocado interpretaciones jurídicas divergentes, a saber:

a) La Contraloría General de la República interpreta que las sumas correspondientes a las apropiaciones presupuestases que fueron transferidas a las entidades privadas, ejecutaras de los proyectos DRI, lo fueron en calidad de fondos entregados en administración, cuya inversión está aún pendiente de legalizarse y, en consecuencia, mientras esto suceda seguirán siendo activos institucionales del Fondo DRI.

b) Así mismo, la Contraloría General de la República interpreta que las sumas correspondientes a las apropiaciones presupuestases que fueron transferidas a las entidades públicas, ejecutoras de los proyectos DRI, lo fueron en calidad de transferencias. Sin embargo, no acoge la lógica implicación de tal condición jurídica, en el sentido de que los bienes adquiridos con esos recursos, son de propiedad de la entidad ejecutara y por lo tanto el Fondo DRI no requiere hacer ningún inventario de ellos. Igual tratamiento debería aplicarse a los resultados de las inversiones y, por tanto, el Fondo DRI no debería adelantar gestión alguna para formalizar su entrega.

c) El Fondo DRI interpreta que las sumas transferidas a las entidades públicas y privadas son "Inversiones indirectas" de la Nación, en los términos del artículo 16 del entonces Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto Ley 294173), efectuadas a través de la Tesorería General de la República para el período 1985-1988 y de la Tesorería del Fondo DRI a partir de 1988. Así mismo, el Fondo DRI interpreta que la condición de

transferencia, tiene el efecto jurídico de gasto incondicional e irreversible en el momento de hacerse efectivo el pago. En consecuencia, tales valores pasan automáticamente a ser activos de la entidad ejecutara e igualmente los bienes adquiridos dentro del proceso de ejecución de los recursos.

d) Desde que se inició el Programa DRI, uno de sus fundamentos ha sido considerar a los aportes del Fondo DRI, como ayuda financiera de la Nación para impulsar el desarrollo rural integrado. Tal concepción guió la ejecución del Programa de Desarrollo Rural Campesino, durante las Fases I y II del Proyecto. Al iniciarse en 1990 la Fase III, se mantuvo como política general del Programa de Desarrollo integral Campesino, la condición de que éste "consiste en un programa de transferencia de recursos del Gobierno Nacional a las entidades ejecutaras, bajo la forma de contribución no reembolsable, para inversión en bienes y servicios de carácter productivo en el área rural y campesina contribuyendo así a la reducción de los niveles de pobreza rural y al aumento de la oferta alimentaria y a la consolidación del sistema político-administrativo del país" (Informe del Contrato de Préstamo entre la República de Colombia y el Banco interamericano de Desarrollo BID, Anexo 4-1 Reglamento Operativo, numerales 2.1, 3.3).

e) El Fondo DRI, en interpretación de las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, entiende que los aportes que otorga para la financiación de proyectos de inversión, están condicionadas al cumplimiento del objeto correspondiente. En consecuencia, en caso de suspensión o cancelación del proyecto o ejecución parcial de sus objetivos, el Fondo DRI exige a las entidades ejecutaras, el inmediato reintegro de los saldos de la inversión sin ejecutar, con el propósito de efectuar la devolución a la Nación-Tesoral.

Puede agregarse, en apoyo de esta interpretación, que de conformidad con el Estatuto Orgánico de Presupuesto, el recaudo y la ejecución de las apropiaciones presupuestases de inversión, no puede llevarse a cabo, hasta tanto no se hayan suscrito y perfeccionado los convenios de cofinanciación, con lo cual se demuestra, evidentemente,la creación de compromisos, a favor de un organismo beneficiario.

f) Lo expuesto anteriormente, determina, en interpretación del Fondo DRI, que los aportes nacionales otorgados al DRI son una renta de financiamiento para el cumplimiento de su misión, y de ninguna manera, recursos de capital patrimonial. De otra forma, no tendría que efectuar la devolución de los recursos no ejecutados.

g) Por último, el artículo 24 (numeral 8) de] Decreto 2132 de 1992, que reestructura al Fondo DRI, define como principio de la cofinanciación,

que "todos los bienes de cualquier carácter que se adquieran a cualquier título en desarrollo de proyectos o programas cofinanciados, pertenecen a la respectiva entidad territorial, a sus entidades descentralizadas o a las organizaciones comunitarias, según las condiciones definidas en el respectivo proyecto o programa"; que es el mismo principio que ha guiado la ejecución del Programa en todas sus fases.

3. En síntesis, el Fondo DRI, ha sido una entidad cuya gestión de financiación o cofinanciación, ha estado caracterizada por ser "puente" en la transferencia de recursos del Presupuesto Nacional a las entidades que por su naturaleza especializada están en condiciones de ejecutar los programas o proyectos, que se materializan en obras, bienes o servicios que benefician a la comunidad.

CONSULTA:

Con base en lo anteriormente expuesto, se consulta:

1. Los recursos correspondientes a las apropiaciones presupuestales que han sido transferidas a las entidades públicas o privadas, ejecutoras de los Programas DRI, durante el período 1985-1989, son "INVERSIONES INDIRECTAS", en los términos del artículo 16 del Decreto 294 de 1973?

2. Son también "INVERSIONES INDIRECTAS", los recursos correspondientes a las apropiaciones presupuestases que han sido transferidas a las entidades públicas o privadas, ejecutaras del Programa de Desarrollo integral Campesino (PDIC), desde 1990, que de conformidad con el reglamento operativo adoptado por el Fondo DRI para la ejecución del (PDIC), tienen el carácter de "contribución no reembolsable"?

3. Si la respuesta es afirmativa a los Interrogantes anteriores, las obras, bienes y activos, financiados con tales inversiones son patrimonio de las entidades nacionales, regionales o locales, públicas o privadas, finalmente beneficiarias ? 0, por tratarse de una inversión con recursos del presupuesto de la Nación, las obras ejecutadas o parte de ellas son del Fondo DRI y en consecuencia la entidad receptora de la transferencia es una mera administradora de tales bienes nacionales?

4. Son los organismos ejecutores de los programas del Fondo DRI, quienes deben formalizar y legalizar la entrega de las obras a las entidades finalmente beneficiarias de las inversiones y servicios, por el contrario es el Fondo DRI quien debe atender estas acciones?

5. Cuál es la correcta interpretación de las normas sobre conformación del patrimonio del Fondo DRI:

a) Las partidas presupuestases que se le asignan son fundamentalmente una fuente de renta de financiamiento destinada a hacer posible la realización del objetivo Institucional definido en las normas legales?.

b) En consecuencia, será correcto interpretar que al patrimonio del Fondo DRI solo ingresan las partidas presupuestases que a través de la "gestión fiscal" directa del Fondo DRI sean destinadas a financiar la adquisición de activos que afectan los inventarlos de la entidad, o por el contrario, el simple recaudo por el Fondo DRI de fondos que le entrega la Tesorería General de la República, deben ser incorporados en su patrimonio, sin ninguna consideración respecto del destino final de los recursos?

6. Desde el punto de vista jurídico-contable, es obligación del Fondo DRI, como Establecimiento Público, registrar e incorporar en sus estados financieros, las operaciones ejecutadas con anterioridad a 1988? O, si por el contrario, son válidos los registros que en su oportunidad se efectuaron sobre el balance de la Nación?".

I. ANTECEDENTES:

1.- El programa de Desarrollo Rural integrado DRI, remonta sus orígenes a dos decretos fundamentales: Por el primero, el 1163 de 1975, se creó el Consejo Nacional de Alimentación y Nutrición dependiente del Departamento Nacional de Planeación con la finalidad específica de servir como órgano asesor del Gobierno Nacional "en todo lo relativo a la alimentación y nutrición del país"; mediante el segundo, el 1263 de 1976, se creó el Comité Nacional del Programa de Desarrollo Rural integrado DRI y se determinaron sus funciones.

2.- Posteriormente, conforme al decreto 1965 de 1982 las actividades correspondientes a las direcciones DRI y PAN se unificaron bajo la conducción de un solo director.

3.- En el año de 1983, atendiendo lo dispuesto por el decreto 1867, el programa de Alimentación y Desarrollo Rural integrado DRI-PAN fué trasladado administrativamente al Ministerio de Agricultura, correspondiéndole a éste la dirección, ejecución, coordinación, evaluación y control de los programas mencionados.

4.- Años después, y según la ley 47 de 1985, se creó el Fondo de Desarrollo Rural integrado DRI con personería jurídica, autonomía administrativa y

patrimonio propio; esto equivale a decir, en los términos del artículo 5o. del decreto 1050 de 1968 y del artículo 2o. del decreto 3130 de 1968, que a partir de la vigencia de la ley 47 citada el Fondo pasó a ser un establecimiento público al que se le asignó como función primordial la de "contribuir, a través del financiamiento de proyectos y programas, al desarrollo económico y social de las áreas de minifundio que señale el Gobierno".

No obstante lo anterior la autonomía del Fondo le fue limitada por la misma ley 47 a tal punto que según los términos del artículo 2o. el "Ministerio de Agricultura administrará el Fondo de Desarrollo Rural integrado y el Ministro en consecuencia será su representante legal". Para tales efectos se dispuso crear la Dirección General del Fondo de Desarrollo Rural integrado.

Igualmente, se determinaron en la ley mencionada los bienes y recursos con los que se integraba el patrimonio del Fondo (art. 3o.). Por lo demás, la vigilancia de la gestión fiscal se le otorgó a la Contraloría General de la República a través de la Auditoría del Ministerio de Agricultura.

5.- Por el decreto 77 de 1987 se reafirmó de manera expresa que el Fondo DRI es un "establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura, cuyo objetivo primordial es participar con los municipios, con el Distrito Especial de Bogotá y otras entidades públicas y privadas, mediante mecanismos de cofinanciación, en la ejecución de programas y proyectos de inversión destinados al desarrollo económico y social integral de las áreas de economía campesina y zonas de minifundio y colonización, con la participación de las comunidades rurales beneficiarias".

Se agrega en el mismo estatuto que "Los programas y proyectos que el Fondo DRI cofinancie serán ejecutados por entidades públicas o privadas especializadas o por las entidades territoriales beneficiarias, o contratada su ejecución por éstas últimas con los particulares. Excepcionalmente el Fondo DRI podrá, en asocio con los municipios o con las demás entidades cofinaciadoras, celebrar contratos para la ejecución de ciertos proyectos cuando la entidad territorial no cuente con los elementos técnicos y administrativos para hacer contratación directa" (art.45).

El patrimonio de Fondo, de acuerdo con el artículo 48 del decreto 77 citado se integró con las siguientes partidas, recursos y bienes:

> "a. Las partidas del presupuesto nacional que en la fecha de vigencia del decreto se encuentren asignadas al Fondo DRI y las que en el futuro se le asignen;

"b. Los recursos provenientes de la financiación interna o externa que se contrate para la ejecución de programas de desarrollo rural integrado;

"c. Los bienes de cualquier índole que a título oneroso o gratuito, haya adquirido y los que en el futuro adquiera".

6.- Finalmente, por medio del decreto 2132 de 1992, se dispone en su artículo 10, que "el Fondo de Desarrollo Rural Integrado se denominará Fondo de Cofinanciación para la inversión Rural DRI, y continuará funcionando como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Su objeto se amplía en los siguientes términos:

"El Fondo de Cofinanciación para la inversión Social. FIS tendrá como objeto exclusivo cofinanciar la ejecución en forma descentralizada de programas y proyectos presentados por las entidades territoriales, incluidos los que contemplen subsidios a la demanda, en materia de salud, educación, cultura, recreación, deportes y atención de grupos vulnerable de la población. Sus recursos podrán emplearse para programas y proyectos de inversión, y para gastos de funcionamiento en las fases iniciales del respectivo programa o proyecto por el tiempo que se determine de acuerdo con la reglamentación que adopte su Junta Directiva. Se dará prioridad a los programas y proyectos que utilicen el sistema de subsidios a la demanda, a los orientados hacia grupos de población más pobre y vulnerable; y a los que contemplen la Constitución y desarrollo de entidades autónomas administrativas y patrimonialmente para la prestación de servicios de educación y salud" (art. 2o.).

Su patrimonio se integra con:

"1. Las sumas que se apropien en el presupuesto nacional;

2. Los bienes muebles e inmuebles que adquiera o reciba a cualquier titular.

3. Los bienes, derechos y obligaciones que pertenecían al Fondo Nacional Hospitalario y al Fondo del Ministerio de Educación.

4. El producto neto de las enajenaciones de bienes que efectúen las entidades públicas del orden nacional, en desarrollo de procesos de privatización, de acuerdo con lineamientos generales que señale el CONPES." (art. 8o.).

Todos los bienes, derechos y obligaciones del Fondo de Desarrollo Rural integrado formarán parte del patrimonio del Fondo de Cofinanciación para la inversión Rural DRI.

7. Durante la vida del Fondo DRI como establecimiento público, han regido la organización presupuestal de la Nación y de consiguiente la del Fondo dos ordenamientos jurídicos: el decreto 242 de 1973 y la ley 38 de 1989.

Por el primero de ellos, se expidió el estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación, el cual rigió hasta cuando entró en vigencia la ley 38 de 1989 que lo sustituyó. Tal estatuto (D. 294 de 1973) en su artículo 3o. precisó las partes de que constaba el presupuesto nacional:

a) El Presupuesto de Rentas que contenta "la estimación de las que se espere reconocer durante el año fiscal";

b) El "Presupuesto de los Recursos de Capital, que comprenda los "recursos de crédito y los del Balance del Tesoro";

c) Y el "Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones que contenta en detalle, las apropiaciones para las ramas Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional y para la Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República para el años fiscal".

8. En el artículo 15 del mismo estatuto orgánico del presupuesto, se dispuso que "El presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones se compondrá del Presupuesto de Gastos de Funcionamiento y del Presupuesto de Gastos de inversión" y en el artículo 16 se consagró:

> "Los gastos que efectúen los Ministerios y Departamentos Administrativos, que no den lugar a contraprestación de bienes o servicios,se clasificarán en la siguiente forma: a) En el presupuesto de gastos de funcionamiento como "Transferencia", y b) En el presupuesto de gastos de inversión como "inversión indirecta" la cual puede ser según el caso, aporte de capital, ayuda financiera o préstamo de la Nación.
>
> "La Nación podrá apropiar partidas del Presupuesto Nacional para préstamos a las entidades territoriales de la República y a las entidades descentralizadas, si ello fuere necesario para cumplimiento de leyes, contratos o sentencias, o para atender necesidades de la política económica contenida en los Planes y Programas de Desarrollo. Tales créditos estarán sujetos únicamente a los trámites y condiciones que establezcan los Reglamentos de este Estatuto. Los recursos provenientes de la

amortización e intereses de tales préstamos se incorporarán al Presupuesto de Rentas de la Nación".

9. De manera que las sumas apropiadas en el presupuesto, a partir de 1985 y hasta 1988 para el Fondo DRI con el objeto de cofinanciar los planes y programas de desarrollo de conformidad con los antecedentes legales, son inversiones indirectas calificadas así según el título a que se hubieren apropiado; esto es, como aporte de capital, como ayuda financiera como préstamo de la Nación.

10.- Pero de acuerdo al segundo estatuto (Ley 38 de 1989) se modificaron tales conceptos. En efecto en el inciso 1o. del artículo 23 se dispone:"El Presupuesto de Gastos se compondrá del Presupuesto de Gastos de Funcionamiento, del Presupuesto del Servicio de la Deuda y del Presupuesto de Gastos de Inversión"; esto equivale a decir que de conformidad a la ley de presupuesto vigente y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 49 del decreto 77 de 1987 los recursos de cofinanciación del Fondo DRI hacen parte del presupuesto de gastos de inversión, sin la calificación de indirectos, la cual desaparece dando cabida solo a gastos directos lo que se corrobora con concepto proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el que se sostiene:

> "La incorporación en una sola ley de los presupuestos tradicionales del nivel central conduce necesariamente a eliminar en el gastos el rubro "transferencias para funcionamiento" que los Ministerios programaban en favor de los establecimientos públicos que no se autofinancian con sus rentas propias, en tanto que en inversión desaparece el concepto de inversión indirecta ya que los aportes del presupuesto nacional que se destinen o proyectos de inversión que ejecuten estas dependencias, se programarán directamente en su favor sin mediar el traslado de recursos del Ministerio o Departamento Administrativo hacia la entidad descentralizada, puesto que estos entes son secciones con derecho propio de asignación directa de aportes de la Nación en la programación presupuestal". (Programación Presupuestal de la Nación. Luis Fernando López Garavito. Publicación del Ministerio de Hacienda. 1990).

II. CONSIDERACIONES SOBRE PROGRAMA DE DESARROLLO RURAL INTEGRADO.

1. Según las normas legales citadas y además teniendo en cuenta el texto de la consulta resulta que el Fondo Rural integrado tuvo dos etapas bien definidas:

En la primera, el programa de Desarrollo Rural integrado fue adscrito inicialmente al Departamento Nacional de Planeación y luego al Ministerio de Agricultura; a dicho programa se le dió el tratamiento de organismo asesor del Gobierno. En 1983 el programa fue trasladado administrativamente al Ministerio de Agricultura, bajo su dirección, ejecución, coordinación, evaluación y control.

En la segunda etapa, que se inició con la expedición de la ley 47 de 1985, se creó el Fondo DRI con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio aunque no se le dió el nombre de establecimiento público; legalmente reunía las características propias de tales entidades del Estado lo que equivalía a que se le considerase como establecimiento público a tenor de lo establecido por los artículos 5o. del decreto 1050 de 1968 y 2o. del decreto 3130 de 1968. Sin embargo, atendiendo afirmaciones contenidas en la consulta, "durante los años, 1985, 1986 y 1987 su funcionamiento administrativo, presupuestal, patrimonial y contable, quedó circunscrito al de una dependencia del Ministerio de Agricultura", lo que configuró una situación realmente anómala; en efecto, "no se materializaron las condiciones normativas y operacionales que permitieran configurar la actuación del fondo DRI como entidad autónomas; lo cual condujo a "que el Fondo, a pesar de la forma legal continuó como dependencia administrativa del Ministerio de Agricultura, bajo la denominación de Dirección General del Fondo DRI".

Con posterioridad mediante el decreto 077 de 1987, se definió expresamente el Fondo como establecimiento público; pero solamente a partir de 1988 inició su gestión fiscal y administrativa como tal. De suerte que solo vino a recibir realmente tratamiento como entidad independiente, a partir del 1o. de enero de 1988.

2. Tal circunstancia condujo a que el control fiscal sobre la gestión del DRI se ejerció por la Contraloría General de la República, organismo al que le corresponda ejercer tal función, como lo disponía la Constitución de 1886 vigente para la época, lo que a la postre tampoco cambió con la vigencia de la Constitución de 1991.

3. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en el presupuesto correspondiente al Ministerio de Agricultura fueron apropiadas partidas con destino al Fondo; esto condujo a que la ejecución y liquidación de dicho presupuesto se debía ajustar a las disposiciones legales reglamentarias del presupuesto y de la gestión fiscal vigente para los Ministerios.

Ahora bien, las funciones asignadas al Programa DRI en sus inicios se circunscribieron a las propias de la simple asesoría; por tanto, carecía de la

facultad de ejecución; obviamente por tal razón no tenía asignado un patrimonio propio.

4. A partir de 1985, y no obstante lo dispuesto en la ley 47 de ese año, el Fondo DRI no llegó a disponer de un patrimonio propio e independiente. Ello impidió la ejecución directa de proyectos y programas de desarrollo económico y social, mediante el sistema de cofinanciación de las áreas de minifundio aparte que las apropiaciones se hacían al Ministerio de Agricultura, consecuencialmente toda la actividad presupuestal económica y contable se registró en la contabilidad de la Nación - Ministerio de Agricultura y no en el DRI como establecimiento público independiente.

Ahora bien, con la expedición del decreto 077 de 1987, se fijó como objetivo del Fondo DRI el de "participar con los municipios y con el Distrito Especial de Bogotá, y otras entidades públicas y privadas, mediante mecanismos de cofinanciación en la ejecución de programas y proyectos de inversión destinados al desarrollo económico y social integral de las áreas de economía campesina y zonas de minifundio y colonización mediante mecanismos de cofinaciación con la participación de las comunidades rurales beneficiarias"; no obstante, el mencionado decreto expresamente señaló que tales programas y proyectos **serían ejecutados por las entidades públicas o privadas especializadas o por las entidades territoriales beneficiarias o contratada su ejecución por estas últimas** (art. 45).

Es de observar que de conformidad con las disposiciones citadas, se tiene que en el desarrollo de los planes y programas del DRI intervienen varias clases de organismos o entidades.

- DRI: Establecimiento público que tiene la función de participar a través de mecanismos, de cofinanciación, en la ejecución de proyectos y programas de inversión para el desarrollo integral de determinadas áreas, de acuerdo a la ley.

- Ejecutores: Son las entidades públicas o privadas especializadas, que adelanten o lleven a término los proyectos (artículo 45 decreto 77 de 1987).

- Beneficiarios: Son las entidades territoriales en las cuales se encuentren áreas de economía campesina y zonas de minifundio y colonización. (art. 45 del decreto 77 de 1987), a las cuales "deban dirigirse las inversiones del Fondo". De conformidad con el artículo 286 de la Constitución Política las entidades territoriales son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

En ningún caso, después de la vigencia del artículo 355 de la Constitución de 1991, podría aceptarse a una entidad privada como beneficiaria.

Excepcionalmente se le concedió al Fondo DRI la facultad para celebrar contratos en asocio con las entidades cofinanciadoras, para los casos en que la entidad beneficiaria no contara con los elementos técnicos y administrativos para hacer la contratación directa.

En esta forma resulta que el Fondo DRI desde 1985, ha mantenido su función de financiamiento para los programas y proyectos de desarrollo económico y social en determinadas áreas, y las apropiaciones presupuestales a su cargo tienen una destinación especifica de inversión en tales proyectos y programas; razón por la cual los aportes que recibe del presupuesto nacional forman parte de su patrimonio.

5.- Las normas que establecen la conformación del patrimonio DRI, han contemplado que las partidas presupuestases asignadas anualmente forman parte de este y que, como se anota en la consulta, "las leyes anuales de presupuesto correspondiente a los años de 1985, 1986, 1987, 1988 y 1989 ordenaron al Fondo DRI ejecutar las asignaciones en calidad de transferencia otorgadas a las entidades ejecutaras fuesen públicas o privadas".

Realmente no hay oposición entre los diversos ordenamientos; en efecto, los dineros correspondientes a las asignaciones presupuestales, sin importar que se les califique como "inversiones indirectas" o "transferencias" son recursos del Tesoro público que por el hecho de ser trasladados a las entidades ejecutoras de un proyecto DRI destinado a una entidad beneficiaria, no pierden su naturaleza, es decir,no pasan a incorporarse al patrimonio de estas entidades; con mayor razón si estas son de carácter privado; tales recursos continuarán siendo del Fondo DRI, hasta tanto los proyectos no sean ejecutados en su integridad y entregados a la entidad estatal beneficiaria. Tanto es así que en el caso de que el proyecto no se ejecute por la entidad encargada de ello o solo se desarrolle parcialmente, los fondos no invertidos deben ser reintegrados al Fondo DRI.

LA SALA RESPONDE:

1. Los recursos correspondientes a las apropiaciones presupuestases que han sido entregados a las entidades ejecutaras de los programas del Fondo DRI, durante los años 1985 a 1989, son "inversiones indirectas", de conformidad

con lo dispuesto por el artículo 16 del decreto 294 de 1973; pero en el sentido de que tales inversiones se mantienen en el patrimonio del DRI hasta tanto no se haya legalizado la entrega a la entidad pública beneficiaria.

2. Los recursos correspondientes a las apropiaciones presupuestales del Fondo DRI, que han sido transferidas a entidades ejecutaras del programa de Desarrollo integral Campesino desde 1990, no son inversiones indirectas ya que dicha calificación desapareció con la expedición de la ley 38 de 1989, estatuto del Presupuesto General de la Nación, conforme al cual pasan a ser consideradas como inversiones directas.

3. Los recursos apropiados al Fondo DRI son parte de su patrimonio hasta la terminación de los programas y proyectos cofinanciados y su debida legalización. Tales inversiones son administradas por las entidades ejecutaras de dichos recursos hasta tanto realice la entrega y legalización a las entidades beneficiarias públicas de dichos programas y proyectos.

4. Corresponde a los organismos señalados en los convenios de cofinanciación formalizar y legalizar la entrega de las obras a las entidades públicas beneficiarias, en los términos pactados en dichos convenios o contratos. Si no se hubiere pactado sobre el particular la legalización y formalización de la entrega se hará por el organismo que contrató las obras.

5.- El patrimonio del Fondo DRI, está integrado por los rubros y bienes expresamente determinados en la ley; ello permite concluir que lo apropiado en el presupuesto que fuego le es entregado debe ser incorporado a su patrimonio, sin consideraciones adicionales.

6. Es obligación de todas las entidades de la Administración Pública. registrar e incorporar en sus estados financieros todas las operaciones económicas que resultan de su actividad.

El control presupuestal de los recursos del Fondo DRI corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el examen del manejo contable de los mismos a la Contraloría General de la República. En consecuencia, la Sala no puede pronunciarse sobre la validez de los registros que presumiblemente se efectuaron con el balance general de la Nación, con anterioridad a 1989 en relación con el DRI.

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

SALA DE CONSULTA

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

FUNCIONARIO PUBLICO / ACCION DISCIPLINARIA / CADUCIDAD / SANCION DISCIPLINARIA / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Facultades

Cuando la Procuraduría General de la Nación establece la existencia de una infracción disciplinaria y determina la sanción correspondiente, la impone por medio de un acto administrativo, el cual debe ser expedido dentro del término de cinco años previsto por el artículo 12 de la ley 25 de 1974. Impuesta la sanción, procede su cumplimiento una vez adquiera firmeza. Si se trata de destitución o suspensión, el nominador expedirá el respectivo acto de ejecución, dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud de la Procuraduría, así hayan transcurrido más de cinco años desde la comisión del último acto constitutivo de la falta. El deber del nominador es actuar de conformidad con la solicitud de la Procuraduría, siempre que no haya transcurrido el término de prescripción de las sanciones disciplinarias establecido por el art. 38 del Código Contencioso Administrativo, que es de tres años contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria del acto que impone la sanción.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-
Santa Fe de Bogotá, D.C. dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación No. 551.Consulta sobre el cumplimiento de las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, por las cuales se solicitan suspensiones o destituciones.

SALA DE CONSULTA

El señor Secretario General de la Presidencia de la República, doctor Miguel Silva Pinzón, formula a la Sala la consulta que concibe en los términos siguientes:

> En desarrollo de lo provisto por al artículo 237, numeral 3°, de la Constitución Política y del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, comedidamente me permito formular la consulta que más adelante expongo previas las siguiente consideraciones:
>
> En desarrollo de sus funciones constitucionales a la Procuraduría General le corresponde, según el artículo 277 de la Carta, ejercer "vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".
>
> Actualmente la Procuraduría ejerce sus atribuciones en materia disciplinaria de conformidad con las reglas consagradas por la ley 25 de 1974, la cual prevé para los casos en que la sanción aplicable sea la suspensión o la destitución, que la Procuraduría debe solicitar al nominador la adopción de dicha medida.
>
> Ahora bien, como quiera que la acción disciplinaria tiene un término de prescripción de cinco años (artículo 12 de la ley 25 de 1974), ha surgido la duda de que si en los eventos en que la sanción aplicable es la suspensión o la destitución, para que no opere la prescripción es suficiente que dentro de dicho término se expida la respectiva por parte de la Procuraduría o si, por el contrario, es necesario que igualmente el nominador decrete la suspensión o destitución dentro de dicho lapso.
>
> Dichas tesis tienen el siguiente fundamento:
>
> A- La que sostiene que para que no prescriba la acción es suficiente que, dentro del plazo a que se ha hecho referencia, se profiera la resolución de la Procuraduría solicitando la destitución o la suspensión, se basa en primer lugar, en que las actuaciones disciplinarias de la Procuraduría se sujetan el régimen de la ley 25 de 1974 y a las mismas no les es aplicable el artículo 60 de la ley 13 de 1984, que exige imponer la sanción respectiva dentro del término de prescripción de la sanción.

A lo anterior se agrega que la actuación disciplinaria se decide de fondo por el acto de la Procuraduría y por ello es este último el que agota el ejercicio del poder disciplinario.

Finalmente, y como quiera que el nominador no puede hacer cosa distinta de aplicar la destitución o la suspensión que solicita la Procuraduría, la providencia que el mismo expida para el efecto es un acto de ejecución que no es susceptible de recurso y que puede proferirse mientras no haya perdido fuerza ejecutoria el acto de la Procuraduría. Por tal razón y de acuerdo con el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, es procedente decretar la destitución mientras no haya transcurrido un lapso de cinco años contados a partir de la resolución de la Procuraduría.

B- La segunda tesis sostiene que la sanción sólo se produce cuando el nominador decreta la suspensión o destitución y que por ello la respectiva medida debe aplicarse dentro del término de prescripción.

A este respecto se observa que el artículo 12 de la ley 25 de 1974 debe interpretarse en concordancia con el artículo 60 de la ley 13 de 1984 que dispone: "La acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción". (se subraya).

Esta disposición debe aplicarse para aclarar el alcance del artículo 12 de la ley 24 de 1975, puesto que la responsabilidad disciplinaria es única, en el sentido de que la comisión de una infracción da lugar a que surja una acción disciplinaria, la cual puede ser ejercida por diversos órganos del Estado, esto es, por la Procuraduría General de la Nación -de manera preferente según la Carta- o por las autoridades administrativas. Dicha unidad implica que todas las normas que rigen los procedimientos en esta materia constituyen en su conjunto el régimen disciplinario y por ello deben ser interpretadas de manera que guarden entre si la debida correspondencia y armonía. Desde este punto de vista, cuando opera la prescripción se extingue la potestad punitiva del Estado -que es una-, razón por la cual dicho fenómeno debe operar de la misma forma tanto frente el (sic) Ministerio Público como respecto de la administración.

Así las cosas, conforme a esta segunda tesis, el artículo 12 de la ley 25 de 1974 debe interpretarse en armonía con el artículo 6° de la ley 13 da 1984. De este modo, cuando el artículo 12 de la ley 25 establece que la acción disciplinaria prescribe en cinco años, preciso es concluir que dentro del mismo término debe imponerse la sanción.

Ahora bien de acuerdo con la ley, cuando se trata de destitución la sanción sólo se impone en el momento en que el nominador expide el acto respectivo.

En efecto, el artículo 14 de la ley 25 de 1974 establece lo siguiente:

"El Procurador General, los Procuradores Delegados de que trata el artículo anterior y los Procuradores Regionales podrán imponer o solicitar la imposición a los empleados oficiales de las siguientes sanciones disciplinarías:

"...

"d) Solicitud de destitución.

Parágrafo, el nominador está en la obligación de satisfacer, dentro del término de diez (10) días, la solicitud de suspensión o de destitución, so pena de incurrir en causal de mala conducta **y en sanción igual a la que se abstuvo de imponer**".

Según esta segunda tesis, del artículo que se acaba de transcribir se sigue que cuando la sanción imponible es la suspensión o destitución, la Procuraduría **solicita la imposición de la sanción** y esta última sólo se aplica efectivamente **cuando el nominador expide el acto destituyendo o suspendiendo** el funcionario.

Con base en lo anterior se consulta:

Cuando la Procuraduría General de la Nación establece la existencia de una infracción disciplinaria y solicita la suspensión o destitución de un empleado público, ¿Puede el nominador decretar dicha destitución o suspensión cuando han transcurrido más de cinco años contados a partir de la fecha en que se produjo la infracción? o por el contrario, ¿debe abstenerse de imponer la sanción por considerar que ha prescrito la acción disciplinaria ?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Marco constitucional.- La Constitución Política de 1991 prevé que el Ministerio Pública (órgano de control que se ejerce por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los procuradores delegados, los personeros municipales y los demás funcionarios que determine la ley), corresponde de manera general, entre otras funciones, la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (Art.118).

La misma Carta Política, de manera específica, atribuye al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados o agentes, ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley (art.277, numeral 6).

Por otra parte, tanto la Constitución de 1886 como la expedida en 1991, definieron el ámbito de responsabilidad de los funcionarios públicos como aquel que comprende no solamente la infracción de la Constitución y de las leyes sino también la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Dispusieron, además, que la determinación de la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos, es función de la ley.

En el sentido últimamente expresado, la norma vigente es del tenor siguiente: "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva" (art.124).

II. Desarrollo legal.- Con fundamento en el precepto constitucional sobre determinación de la responsabilidad de las personas que presten sus servicios al Estado -que básicamente es el mismo desde 1886-, el legislador, directamente o por la vía de facultades extraordinarias, ha expedido normas que señalan los deberes de aquellos servidores y las prohibiciones a que queden sometidos el procedimiento para adelantar las investigaciones disciplinarías y la potestad para imponer las sanciones correspondientes. De esta guisa con, por ejemplo, en las últimas tres décadas, los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, el decreto reglamentario 1950 de 1973, la ley 25 de 1974, la ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario 482 de 1985, y la ley 4a. de 1990.

El principio fundamental de competencia consiste en que el Poder disciplinario del Estado para investigar, primero, y sancionar luego a sus servidores, es ejercido por el Procurador General de la Nación y por el nominador o superior inmediato del respectivo servidor público, de conformidad con la ley. Empero, el Procurador está investido de un poder preferente, mediante el cual puede desplazar para efectos de la investigación, al nominador o jefe de la entidad o dependencia estatal; y concluido el proceso disciplinario, proferir la decisión que ponga término al procedimiento administrativo y disponer que, una vez en firme, sea cumplida por el nominador.

En desarrollo de ese pensamiento jurídico, la ley 25 de 1974, por la cual se expide el régimen disciplinario aplicable por la Procuraduría General de la Nación, dispone respecto de la acción disciplinaria, que ésta "prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta "(art. 12). Por su parte, la ley 13 de 1984, por la cual se establecen normas sobre administración

de personal civil de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, reitera que la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, pero con la adición gramatical consistente en precisar que dicho lapso represente también "el término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción" (art. 6°).

El verbo transitivo imponer equivaldría en este caso, según la acepción que le atribuye el Diccionario de la Lengua, a "hacer uno valer su autoridad" para prescribir una obligación o una sanción. En tratándose de la acción disciplinaria, puesta en movimiento por la Procuraduría, es este órgano de control el que impone la sanción, al tenor del texto constitucional (art.277-6), sin perjuicio de que también pueda imponerla el superior jerárquico. En el caso de que sea la Procuraduría el órgano que, por intermedio de su agente dotado de competencia legal, adelante el proceso, le corresponderá absolver o sancionar; a su turno, el nominador deberá cumplir, mediante un acto de ejecución, la decisión principal que puso término al procedimiento administrativo.

III. La acción disciplinaria y su prescripción. La prescripción de las sanciones disciplinarias.

Se pregunta por el funcionario gubernamental consultante, cuál debe ser la actitud que debe asumir el nominador, cuando la Procuraduría General de la Nación establece la existencia de una infracción disciplinaria y "solicita la suspensión o destitución" de un empleado público: o decretar dicha destitución o suspensión, así hayan transcurrido más de cinco años contados a partir de la fecha en que se produjo la infracción, o "abstenerse de imponer la sanción" por considerar que ha prescrito la acción disciplinaria?.

La Sala estima que aunque la ley 13 de 1984, que es aplicable a los servidores de las entidades administrativas del orden nacional no sometidos a un régimen disciplinario especial y que, con posterioridad, por mandato del art. 10 de la ley 49 de 1987, se hizo extensiva al alcalde y demás empleados municipales (de este ámbito de aplicación es menester exceptuar hoy en día el Distrito Capital, cuyos servidores se rigen por las disposiciones de su estatuto especial o decreto-ley 1421 de 1983), dispuso expresamente que dentro de un término de cinco años debía imponerse la sanción disciplinaria, contados a Partir del último acto constitutivo de la falta, a igual conclusión se llega por la vía de interpretación de la ley 25 de 1974, que contiene el régimen disciplinario aplicable a la Procuraduría General de la Nación, con las modificaciones introducidas por la ley 4a. de 1990. Ello por cuanto, al disponer aquella ley que la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, la conclusión lógica es la de que, dentro de dicho término, es menester que el funcionario competente imponga la sanción, pues de lo contrario, además

de operar el fenómeno de la prescripción, incurrirá él mismo en las sanciones disciplinarías contempladas por la ley para tales conductas omisivas.

Concluída la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría y establecida la responsabilidad del empleado, será menester imponer la sanción correspondiente por medio de una resolución administrativa, en todos los casos, antes del vencimiento del aludido término de prescripción. Dicho acto se encuentra sujeto a los recursos de vía gubernativa que haya señalado la ley.

Si la sanción impuesta es de suspensión o destitución, la Procuraduría, por intermedio del agente que ejerza la competencia, debe comunicarla al nominador del empleado sancionado, tan pronto el acto se encuentre ejecutoriado, con el fin de que aquel haga cumplir la decisión dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud. En caso de omisión, obviamente se incurrirá en causal de mala conducta.

Debe concluirse, entonces, que el término quinquenal de prescripción comprende la investigación y la adopción de la decisión pertinente. Por tanto, el acto sancionatorio producirá el efecto de interrumpir la prescripción. De manera que, si en el intervalo entre la ejecutoria del acto administrativo que impone la sanción disciplinaria y la manifestación de voluntad del nominador tendiente a cumplir la decisión de la Procuraduría, llegaré a suceder que igualmente se cumplen los cinco años a que se ha hecho referencia, esta circunstancia no obsta para hacer efectiva la sanción, por cuanto, se reitera, el Estado adelantó la investigación e impuso la sanción dentro del término de prescripción de la acción. En este evento, la norma aplicable es la que regula la prescripción de las sanciones disciplinarías, contenida en el decreto-ley 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo:

> ART.38.- Salvo disposición especial en contrario, las sanciones que pueden imponer las autoridades administrativas precribirán a los tres (3) años de producido el acto que las ocasione.

Así, la prescripción de la acción disciplinaria es de cinco años, contados a partir del último acto constitutivo de la falta, y la prescripción de la sanción, de tres años, contados desde el día siguiente a la ejecutoria del acto que la impone.

En mérito de lo expuesto, la Sala responde:

Cuando la Procuraduría General de la Nación establece la existencia de una infracción disciplinaria y determina la sanción correspondiente, la impone por medio de un acto administrativo, el cual debe ser expedido dentro del término de cinco años previsto por el art. 12 de la ley 25 de 1974.

Impuesta la sanción, procede su cumplimiento una vez adquiera firmeza. Si se trata de destitución o suspensión, el nominador expedirá el respecto acto de ejecución, dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud de la Procuraduría, así hayan transcurrido más de cinco años desde la comisión del último acto constitutivo de la falta.

El deber del nominador es actuar de conformidad con la solicitud de la Procuraduría, siempre que no haya transcurrido el término de prescripción de las sanciones disciplinarías establecido por el art. 38 del Código Contencioso Administrativo, que es tres años contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria del acto que impone la sanción.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 15 de diciembre de 1993.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS / DIRECTOR / JUNTA DIRECTIVA - Miembro / SANCION DISCIPLINARIA / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades / POTESTAD REGLAMENTARIA / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Régimen Jurídico

Siendo el Presidente de la República, el nominador de los jefes de entidades descentralizadas del nivel nacional, igualmente le corresponde aplicar las sanciones disciplinarias previstas en las normas legales, atribución que puede delegar, conforme al art. 211 de la Constitución, en los ministros o en los directores de departamentos administrativos, así como en los otros funcionarios, siempre que la ley permita la delegación. La facultad para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de su presidente, directores o gerentes, es función de la ley (art. 210, inciso final, de la Constitución), precepto que armoniza con el contenido del art. 124 del mismo ordenamiento superior, de conformidad con el cual "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva". Dicha función corresponde a la ley y no puede ser asumida por el Gobierno con el apoyo en la potestad reglamentaria. Aunque la ley 13 de 1984 solamente se refiere al procedimiento disciplinario que en las entidades y dependencias de la rama ejecutiva, corresponde adelantar a los jefes de organismos o a los superiores inmediatos del personal subalterno vinculado a ellas, siempre es posible acudir a la Procuraduría General de la Nación, órgano de control que ejerce preferentemente la Potestad disciplinaria y que conoce, entre otros, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los gerentes o directores de entidades descentralizadas en lo nacional y los miembros de

sus juntas o consejos directivos (Constitución Política, art. 277-6 ley 4a. de 1990, art.15).

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-
Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación No. 555. Proyecto de decreto "por el cual se reglamentan algunos aspectos del proceso disciplinario".

El Secretario General de la Presidencia de la República ha remitido a la Sala, para su consideración de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1o. y 55 de los decretos 3074 y 2400 de 1968, respectivamente, el texto del proyecto de decreto "por el cual se reglamentan algunos aspectos del proceso disciplinario".

El Gobierno, mediante el mencionado proyecto de decreto, pretende, con fundamento en el art. 7o. de la ley 13 de 1984 que asigna al jefe del organismo correspondiente la competencia para adelantar la investigación disciplinaria con respecto a sus subalternos, atribuir a los ministros y directores de departamentos administrativos la facultad de investigar a los jefes de las entidades descentralizadas del orden nacional.

Lo anterior por cuanto, según lo expuesto en la parte considerativa, "se vienen presentando quejas contra los jefes de entes descentralizados del sector central, ante los ministros y directores de departamentos a los cuales se hayan adscritos o vinculados, las cuales por falta de reglamentación al respecto tienen dificultades para su debido trámite".

El Gobierno se apoya, además, en el art. 208, inciso primero, de la Constitución Política, de conformidad con el cual los ministros y directores de departamentos administrativos, son los jefes de la administración en su respectiva dependencia.

Consigna también el proyecto, que consta de cinco artículos, que serán funcionarios competentes para adelantar las investigaciones disciplinarías a jefes de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al respectivo ministerio o departamento administrativo, los profesionales especializados a que se refiere el decreto 2447 de 1975 y, en todo caso, los jefes de las correspondientes oficinas jurídicas, quienes podrán delegar en sus asesores la práctica de pruebas.

La decisión de suspensión provisional y la aplicación de la sanción de destitución, se reserva a la autoridad nominadora, previo concepto de la comisión de personal del respectivo ministerio o departamento administrativo.

LA SALA CONSIDERA:

1. El decreto, por tener carácter reglamentario del art. 7o. de la ley 13 de 1984, sería dictado con fundamento en la atribución conferida por el numeral 11 del art. 189 de la Constitución, el cual se refiere a la potestad reglamentaria que ejerce el presidente de la República; sin embargo, éste invoca también el numeral 14 del mismo artículo, que le confiere facultad para crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus atribuciones y emolumentos.

2. El proyecto de decreto intenta adecuar las normas de la ley 13 de 1984 a los procesos disciplinarios que se adelanten en relación con la conducta de los directores, gerentes o presidentes de las entidades descentralizadas. Para el efecto, dispone que cuando dicha ley se refiere al "jefe del organismo o superior inmediato", debe entenderse que se trata del ministro o del director de departamento administrativo al cual se haya adscrito el establecimiento público o vinculada la empresa industrial o comercial del Estado y, en su caso, la correspondiente sociedad de economía mixta, de manera que dichos funcionarios gubernamentales se tendrían como los superiores jerárquicos de los jefes de las entidades descentralizadas.

3. La descentralización funcional o por servicios, se realiza en Colombia por Intermedio de aquellas entidades descentralizadas, las cuales disponen como uno de sus atributos, de autonomía administrativa en relación con el Gobierno y la administración central. De este modo, lo dispuesto en el art. 208 de la Constitución sobre la autoridad que ostentan los ministros y directores de departamentos administrativos, como **jefes de la administración en su respectiva dependencia**, no puede ser correctamente Interpretado en el sentido de que ellos sean los jefes superiores inmediatos de los directores de entidades descentralizadas. El término **dependencia** hace relación tan solo al correspondiente ministerio o departamento administrativo y no comprende, por tanto, a las entidades autónomas que les estén adscritas o vinculadas, toda vez que ellas tienen sus propios órganos de dirección, constituidos por las juntas o consejos directivos y por los presidentes, directores o gerentes.

Además, el presidente de la República, en su condición de suprema autoridad administrativa, no solamente dirige las actuaciones de los ministros y directores de departamentos administrativos (art.208), sino que nombra y

remueve libremente a los jefes de entidades descentralizadas del nivel nacional, atribución esta última que, nacida de la reforma constitucional de 1968, es reiterada en la nueva Constitución (art. 189-13).

Así que el nominador y superior inmediato de los jefes de entidades descentralizadas nacionales, es el presidente de la República, y no el respectivo ministro o el director de departamento administrativo. Por eso el mismo Gobierno, atendiendo a esta relación jerárquica y obrando en carácter de legislador extraordinario conforme a autorización conferida por la ley 28 de 1974, cuando expidió el decreto ley 128 de 1976 con el fin de regular el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de juntas directivas y de representantes legales de entidades descentralizadas, dispuso que las sanciones respectivas serán aplicadas a tales funcionarios por la autoridad que hizo la designación o el nombramiento, previas las averiguaciones pertinentes adelantadas directamente por el nominador o mediante un funcionario de su dependencia (art. 20).

Siendo, pues, el Presidente de la República, el nominador de los jefes de entidades descentralizadas del nivel nacional, igualmente le corresponde aplicar las sanciones disciplinarias previstas en las normas legales, atribución, que puede delegar, conforme al art. 211 de la Constitución, en los ministros o en los directores de departamentos administrativos, así como en otros funcionarios, siempre que la ley permita la delegación.

4. La facultad para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y **la responsabilidad de su presidente, directores o gerentes**, es función de la ley (art. 210, inciso final, de la Constitución), precepto que armoniza con el contenido en el art. 124 del mismo ordenamiento superior, de conformidad con el cual "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

Dicha función corresponde a la ley y no puede ser asumida por el Gobierno con apoyo en la potestad reglamentaria.

5. Aunque la ley 13 de 1984 solamente se refiere al procedimiento disciplinario que en las entidades y dependencias de la rama ejecutiva, corresponde adelantar a los jefes de organismos o a los superiores inmediatos del personal subalterno vinculado a ellas, siempre es posible acudir a la Procuraduría General de la Nación, órgano de control que ejerce preferentemente la potestad disciplinaria y que conoce, entre otros, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los gerentes o directores de entidades descentralizadas en lo nacional y los miembros de sus juntas o consejos directivos (Constitución Política, art. 277-6 y ley 4a. de 1990, art.15).

Se concluye entonces, que existen otros caminos jurídicos para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios aludidos, distintos del que adopta el proyecto que es objeto de revisión.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, considera que el proyecto de decreto "por el cual se reglamentan algo nos aspectos del proceso disciplinarios", no armoniza con la Constitución.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 15 de diciembre de 1993

LICITACION PUBLICA / OFERTA / RESERVA DOCUMENTAL / REGISTRO DE PROPONENTES

De conformidad con los decretos 22 de 1983 y 837 de 1989 y la ley 57 de 1985, las entidades públicas deben abstenerse de entregar copia o permitir examinar documentos que tengan el carácter de reservado por disposición Constitucional o legal. De manera que aquellos que el proponente señala como confidenciales no gozan de dicho privilegio, porque éste solo puede originarse en la Constitución o en la ley. La ley 80 de 1993 modifica el régimen contractual anterior en cuanto atañe a la reserva de documentos, al establecer que el registro de proponentes debe ser público y por tanto cualquier persona podrá solicitar que se le expidan certificaciones, copias y aún proponer acción contra los correspondientes registros. Sin embargo, el art. 24, ordinal 4°, mantiene " la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios".

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Radicación 558. Consulta sobre reserva de los documentos que forman parte de una oferta en una licitación pública.

El Secretario Jurídico del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

El artículo 12 de la ley 57 de 1985 establece que "Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas

y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado confirme a la Constitución o a la ley o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional".

En materia de licitaciones o concursos, dicha disposición se encuentra reglamentada por el Decreto 837 de 1989, cuyo artículo 1°. señala: "Toda persona, natural o jurídica, tendrá derecho a consultar las ofertas o propuestas presentados en licitaciones o concursos de méritos públicos o privados abiertos por los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas dotadas de personería jurídica, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta sometidos al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, en el orden nacional."

El artículo 3° del citado decreto precisa que "los derechos a consultar y a obtener copia de las ofertas o propuestas presentadas en las licitaciones o concursos de méritos, no comprenden los documentos que de conformidad con la Constitución o la ley tengan carácter reservado".

Ahora bien, en la administración pública se han presentado algunos dudas sobre el alcance de las disposiciones a que he hecho referencia, en particular cuando el proponente manifiesta en su oferta que diversos aspectos de la misma tienen carácter reservado. Así por ejemplo, en algunas propuestas se señala que la información acerca de la situación financiera del oferente, así como todos los aspectos técnicos de la propuesta tiene carácter confidencial.

Esta confidencialidad, según algunos, se fundaría en que los documentos de la oferta son privados y por ello reservados en los términos del artículo 15 de la Constitución Política. A lo anterior se ha agregado que los aspectos de la oferta que no hayan sido divulgados y que sean el resultado de una creación intelectual constituyen una obra inédita, razón por la cual y en desarrollo del artículo 8° de la ley 44 de 1993, deben conservarse de manera confidencial. En el mismo sentido se invoca el concepto No. 465 del 28 de octubre de 1992 del H. Consejo de Estado sobre reserva de obras inéditas inscritas en el Registro de Derechos de Autor. Finalmente, se señala que la información financiera contenida en la declaración de renta goza de la reserva prevista para este documento por los artículos 583 y siguientes del Estatuto Tributario.

Otras personas han señalado que aceptar de manera amplia la tesis anterior, conduciría a privar de publicidad al proceso de licitación o concurso,

desconociendo así los principios que rigen la actuación administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política.

En efecto, si se acepta la primera tesis, los otros proponentes o los terceros no podrían conocer los aspectos técnicos de una oferta o la capacidad financiera del autor de la misma, aunque dichos elementos hayan sido tomados en cuenta por la entidad pública para adjudicar un contrato, lo cual afecta gravemente la transparencia que debe imperar en las licitaciones. Por esta razón sostienen que toda persona que presenta una propuesta en una licitación o concurso público, se somete a la publicidad propia de dicho mecanismo de contratación y, por ello, acepta que los aspectos de su propuesta que sean relevantes para la decisión de la administración puedan ser conocidos por los otros proponentes y por terceros.

A lo anterior agregan que de conformidad con la Constitución y la ley la información financiera y técnica a que se ha hecho referencia no tendría en principio carácter reservado. En efecto, la reserva consagrada por el artículo 15 de la Carta no impide que el titular de un documento privado lo revele voluntariamente. Esta última situación ocurre cuando un particular entrega un documento privado para efectos de un proceso público, pues al hacerlo se somete a la publicidad propia del proceso en el cual participa.

Las dudas a que se ha hecho referencia igualmente pueden presentarse frente a la ley 80 de 1993 "por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública".

En efecto, en desarrollo del principio de transparencia (artículo 24, numeral 3°.) dicho estatuto prevé que las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que los contengan estarán abiertos al público.

De igual manera señala que "Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de los actuaciones y propuestas, respetando la reserva de que legalmente gocen las patentes, procedimientos y privilegios." (artículo 24, numeral 4°.)

De esta manera, de acuerdo con este estatuto, de una oferta sólo deben conservarse en forma confidencial las patentes, procedimientos y privilegios que sean reservados por mandato de la ley. Así las cosas, el oferente no podría indicar que otros documentos de su propuesta tienen el carácter confidencial.

A este respecto conviene observar que de acuerdo con el artículo 24 de la decisión 313 del Acuerdo de Cartagena, el expediente relativo a la solicitud de una patente no puede ser consultado por terceros mientras no se haya publicado el aviso de la solicitud. Por el contrario, hecha dicha publicación el expediente es público.

La anterior implicaría que de acuerdo con la nueva ley sólo habría obligación de conservar reserva sobre los documentos relativos a una patente que se haya solicitado y cuya publicación no haya ordenado la oficina competente.

A todo lo anterior cabe agregar que el artículo 24 de la ley 80 de 1993 establece que en los procesos contractuales los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones. En particular el artículo 30 de la ley establece la obligación de mantener los informes de evaluación de las propuestas en la Secretaría de la entidad. Con base en lo anterior se ha señalado que para que los mismos puedan examinar todos los documentos que sirvan de base a dichos informes, pues de otra manera no podrían ejercer el derecho de contradicción.

Con fundamento en lo expuesto se consulta:

1. De conformidad con el Decreto 222 de 1983, la ley 57 de 1985 y el Decreto 837 de 1989 ¿deben los entidades públicas abstenerse de entregar a quien lo solicite copia de los documentos de una oferta cuando el proponente señala que los mismos tienen el carácter confidencial?

¿Deben las entidades públicas abstenerse de entregar copia de los documentos de una oferta sólo cuando en virtud de expresa disposición legal, los mismos tengan carácter reservado?. En este coso ¿puede la entidad pública entregar copia de la información técnica de carácter inédito contenida en una propuesta?,o ¿puede entregar copia de las declaraciones de renta que le hayan entregado en reemplazo de estados financieros? o por el contrario, ¿Deben las entidades públicas entregar a quien lo solicite copia de la totalidad de las propuestas presentados en una licitación o concurso público?.

2. A la luz de la ley 80 de 1993 ¿ se modifican las respuestas de los anteriores interrogantes? ¿en qué sentido?

LA SALA CONSIDERA:

1.) El artículo 74 de la Constitución Nacional dispone que "todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley".

2.) El artículo 12 de la ley 57 de 1985, más general que la norma constitucional porque se refiere a todo documento, ordena que toda persona puede consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a obtener copia de los mismos, "siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional".

3.) El parágrafo, del artículo 19 *ibídem* prevé que "si un documento es reservado el secreto se aplicará exclusivamente a dicho documento y no a las demás piezas del respectivo expediente o negocio".

4.) Por su parte, el artículo 20 de la citada ley dispone que "el carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo" (subrayado fuera de texto).

5.) De conformidad con lo previsto por la regla 5ª, del artículo 30 del Decreto ley 222 de 1983, las propuestas y todos los documentos que los acompañen deben entregarse en sobres cerrados los cuales se deben depositar en una urna triclave y sólo hasta cuando se venza el término de la licitación esta urna se puede abrir para examinar los documentos que la conforman.

6.) La ley 80 de 1993, que regula los contratos estatales, no previó esa clase de reserva de las propuestas, que tenía como fundamento evitar que los proponentes actuaran con deslealtad.

7 .) De otra parte, el numeral 4°., del artículo 24 de la mencionado ley, establece que "las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios". Norma que recoge lo señalado en el artículo 3° del Decreto 837 de 1989, pero esta disposición limitaba la expedición de copias de documentos de los propuestas solo a aquellas que no tenían el carácter de reservados de acuerdo con la Constitución y la ley.

8.) Según lo preceptuado por los numerales 2°. y 3°. del artículo 24 de la ley 80 de 1993 las personas interesadas en los procesos contractuales pueden conocer y controvertir los conceptos y las decisiones que tomen las entidades públicas, y para ello pueden examinar los expedientes que, según esta norma, son públicos.

Sin embargo, el numeral 4°, del artículo 24 de la ley 80 de 1993 mantiene la reserva existente en cuanto a patentes, procedimientos y privilegios.

9.) Ahora bien, en cuanto a las patentes se refiere las diligencias preliminares para obtenerlas son reservadas mientras que la autoridad competente hace público el expediente de patente; una vez efectuada la publicación, el expediente será público y podrá ser consultado por otras personas distintas al interesado.

Una vez otorgada la patente, su titular tiene el derecho a impedir que terceros exploten o se beneficien del invento patentado sin su permiso o consentimiento, el cual se legaliza a través de la figura de la licencia (decisión 313 sobre Régimen Común de Propiedad Industrial, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículos 24, 39 y siguientes).

De manera que, en principio, las patentes son reservadas porque precisamente a través de ellas se protegen los intereses del inventor y, por este motivo, la patente debe describir minuciosamente la invención amparada, para que las personas distintas al titular tengan certeza sobre su naturaleza y características.

Sin embargo, la ley puede disponer que se mantenga reserva sobre algunas patentes o privilegios, caso en el cual dicha disposición prevalecería sobre cualquiera otra de carácter general.

10.) Desde el punto de vista jurídico tiene relevancia el concepto de reservado; éste consiste en que el ordenamiento normativo dispone que algún documento se conserve en secreto, bajo la condición de mantenerlo fuera de la publicidad, de exclusivo conocimiento de los directos interesados y excepcionalmente del Estado.

Mientras que el concepto de confidencial no tiene trascendencia jurídica, es importante en el medio privado y depende de la voluntad de las personas; por lo mismo, no puede alegarse como derecho o privilegio, sino sólo cuando la Constitución o la ley da al documento carácter de reservado.

SALA DE CONSULTA

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala responde los interrogantes formulados por el señor Secretario General de la Presidencia de la República:

1. De conformidad con los decretos 222 de 1983 y 837 de 1989 y la ley 57 de 1985, las entidades públicas deben abstenerse de entregar copia o permitir examinar documentos que tengan el carácter de reservado por disposición Constitucional o legal. De manera que aquellos que el proponente señala como confidenciales no gozan de dicho privilegio, porque éste solo puede originarse en la Constitución o en la ley,

a. Así, las entidades públicas deben abstenerse de entregar copias o de permitir revisar documentos de una oferta sólo cuando en virtud de expresa disposición constitucional o legal éstos tengan carácter reservado.

b. La entidad pública puede entregar copia de información técnica de carácter inédito contenida en una propuesta si ella no goza de reserva ordenada por la Constitución y la ley.

c. No puede entregar copia de las declaraciones de renta en reemplazo de estados financieros porque contienen el carácter de reservadas según el artículo 583 del Estatuto Tributario, salvo que el contribuyente - proponente dé su autorización previa y por escrito.

d. Las entidades públicas pueden entregar copia o permitir el examen de todos los documentos que conformen una propuesta presentada en una licitación o concurso público, con excepción de aquéllos que tengan el carácter de reservados de acuerdo con la Constitución o la ley.

2.) La ley 80 de 1993 modificó el régimen contractual anterior en cuanto atañe a la reserva de documentos, al establecer que el registro de proponentes será público y por tanto cualquier persona podrá solicitar que se le expidan certificaciones, copias y aun proponer acción contra los correspondientes registros (artículo 22). Sin embargo, el artículo 24, ordinal 4, mantiene "la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por el señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Transcríbase en sendas copias auténticas al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 7 de diciembre de 1993.

ASCENSOS MILITARES / SENADO - Aprobación / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / ACTO COMPLEJO.

La aprobación por parte del Senado de la República, es requisito indispensable para lograr que los ascensos militares que confiere el Gobierno y a que se refiere el art. 173 numeral 2° de la Constitución Nacional produzcan plenos efectos jurídicos. La aprobación, por el Senado, deberá producirse necesariamente con posterioridad al acto por medio del cual el Gobierno confiera el grado. La decisión del gobierno y la del Senado que la apruebe son requisitos esenciales y concurrentes y constituyen el acto administrativo complejo que dispone el ascenso. Si la Constitución, y la ley o el reglamento exigen, para asumir el mando de determinada Unidad el ascenso militar, éste deberá cumplirse en forma indicada en el literal anterior.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 561. Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con el otorgamiento y la aprobación de los ascensos de los Oficiales Generales y Oficiales de Insignia de la Fuerza Pública.

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

"1. El artículo 173 de la Constitución Política que consagra las atribuciones del Senado de la República, en su numeral 2, dispone lo siguiente:

"Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el Gobierno, desde oficiales generales y oficiales de insignia de la fuerza Pública, hasta el más alto grado".

2. Por su parte el artículo 189 numeral 19, atribuye al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, la facultad de "Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173".

3. El artículo 44 del decreto ley 1211 de 1990 preceptúa: "Aprobación de grados. Los grados de Oficiales Generales y Oficiales de insignia que confiera el Gobierno, se someterán a la aprobación del Senado de la República. Obtenida dicha aprobación, los ascensos producirán todos sus efectos desde la fecha señalada en el decreto que los otorgó".

4. En cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales arriba transcritos, el Gobierno Nacional ha venido confiriendo los ascensos a los oficiales generales y de insignia de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y con posterioridad, ha sometido al Honorable Senado de la República la aprobación de los mismos.

Como se trata de un acto administrativo complejo que requiere de aprobación posterior, hasta tanto no se produce ésta al oficial no se le reconocen prestaciones sociales ni asignación de retiro con el sueldo del nuevo grado.

Tal interpretación del contenido normativo de dichas disposiciones se deriva de su propio texto legal, que establece en forma inequívoca, que los ascensos en cuestión, una vez conferidos por el Gobierno deben ser aprobados por el Senado de la República.

Una vez se otorgan los ascensos, los oficiales generales son asigna dos a las diferentes unidades de manera inmediata por necesidades propias del servicio militar y policial, asumiendo el mando de las mismas, sin que para ello se requiera que el ascenso esté aprobado, pues la función de Comando es independiente del grado.

De otra parte cabe advertir, que según los artículos 43 y 29 de los decretos 1211 y 1212 de 1990 respectivamente, los ascensos de oficiales se producen solamente en los meses de junio y diciembre. En esos meses la actividad legislativa del Congreso se interrumpe por terminación de los períodos de sesiones ordinarias (art. 138 Constitución Política), lo que

en la práctica implica que la aprobación de los ascensos sea diligenciada en el período legislativo siguiente, cuando el oficial general ya se encuentra comandando la Unidad a la cual ha sido destinado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se consulta:

a. El acto de aprobación del H. Senado de la República debe expedirse con posterioridad al acto administrativo del Gobierno que otorga el ascenso de los oficiales generales y de Insignia de la Fuerza Pública?, o por el contrario, ¿ aquel debe ser anterior a éste?

b. Existe algún impedimento de orden constitucional o legal para que la aprobación de los ascensos de los oficiales generales se surta después de que el oficial haya tomado el mando de la nueva Unidad?".

LA SALA CONSIDERA:

I.- Otorgamiento y aprobación de los ascensos.-

1.- Fundamentos Constitucionales.-

a) La Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución Política, está Integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

A su vez, las Fuerzas Militares están constituídas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, cuyo objetivo primordial es la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (arts. 217 C.P.).

La Policía Nacional, por su parte, está definida en el artículo 218 *ibídem*, así: "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".

b) En materia de ascensos, derechos y obligaciones, régimen de carrera, prestacional y disciplinaria, la Constitución defirió a la ley su determinación (arts. 217 inc. 3o. y 218 inc. 2o. C.P.).

Según lo dispuesto por el numeral 19 del artículo 189 de la Constitución Política corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, conferir grados a los miembros de la Fuerza Pública y someter para aprobación del Senado los que

correspondan de acuerdo con el artículo 173". El artículo 173 de la Carta en concordancia con el anteriormente citado confiere al Senado la atribución de "aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el Gobierno, desde Oficiales Generales y de Insignia de la Fuerza Pública, hasta el más alto grado".

2.-Fundamentos Legales.-

a) Las normas citadas tuvieron como antecedentes los artículos 98 y 120 de la Constitución de 1886 la cual sirvió como fundamento del Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (decreto 1211 de 1990). El citado ordenamiento en su artículo 44 consagra "Aprobación de Grados. Los grados de Oficiales Generales y Oficiales de Insignia que confiera el Gobierno se someterán a la aprobación del Senado de la República. Obtenida dicha aprobación, los ascensos producirán todos sus efectos desde la fecha señalada en el Decreto que los otorgó".

b) La competencia del Senado prevista en la Constitución en esta materia, se contempla nuevamente en el artículo 313 numeral 7 de la ley 5a. de 1992, en los mismos términos del artículo 173 de la Constitución.

La escala de Oficiales Generales en el Ejército, Fuerza Aérea y Policía Nacional comprende los grados de: General, Mayor General y Brigadier General; y la escala de Oficiales de Insignia en la Armada comprende los grados de: Almirante, Vicealmirante y Contraalmirante (arts. 5o. decreto 1211 y 4o. decreto 1212 de 1990).

3.- Naturaleza del acto que contiene el ascenso de Oficiales Generales y de Insignia.

El acto por el cual el Gobierno confiere grados desde Oficial General o de Insignia de la Fuerza Pública y hasta el más alto, exige como requisito constitucional y legal el de su aprobación por parte del Senado. Esto a su vez, conduce a concluir que, dada su naturaleza, participa de los actos que la jurisprudencia y la doctrina denominan como "actos complejos".

En un mismo orden de ideas conviene anotar, que el acto complejo es "el emanado de la voluntad concurrente de varios órganos o varios sujetos administrativos, cuyas voluntades se funden en una sola voluntad.

Los órganos o sujetos intervinientes han de perseguir un contenido y un fin únicos" (Miguel S. Marienhof. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. 1973. Tomo II. pág. 404). Esto equivale a decir que el acto complejo se tipifica por la manifestación de la voluntad de diversos organismos

del Estado; v.gr. como el que requiere inicialmente una expresión de la voluntad de la administración, y luego una especie de sanción o aprobación por parte de otro organismo o autoridad estatal, pero en todo caso con "el móvil de obtener un fin único"; y sólo cuando las diversas entidades del Estado que deben intervenir en la decisión pronunciamiento, han cumplido con la manifestación de su voluntad conforme a la Constitución o a la ley, el acto produce sus efectos; de lo contrario el acto carece de eficacia jurídica.

Lo anterior es suficiente para concluir que el otorgamiento de los ascensos, materia de la consulta, debe ser aprobado por el Senado previo pronunciamiento del Gobierno; y solamente produce los efectos que le señala la Constitución y la ley a partir de dicha aprobación la cual, como se acaba de expresar, necesariamente debe surtirse después de que el Gobierno haya proferido el acto por el que se confiere el ascenso. De faltar el acto inicial proveniente del Gobierno en el que se otorga el grado a un miembro de la Fuerza Pública, el Senado no tendría materia sobre la cual acordar el acto de aprobación.

II.- Designación de Oficiales en mandos de Unidades.

En los Estatutos de Personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no existe norma que exija como requisito para la designación de Comandante de Unidad, el grado de Oficial General.

Ahora bien, si en el Manual de Funciones de las respectivas Fuerzas y de la Policía Nacional, se exigen dichos grados para efectos del ejercicio de funciones en las Unidades de que se trate, tal requisito se cumple a partir de la aprobación por el Senado de la República, previa actuación del Presidente de la República; si no existe tal exigencia, puede el oficial entrar en ejercicio del cargo.

LA SALA RESPONDE:

A) La aprobación por parte del Senado de la República, es requisito indispensable para lograr que los ascensos militares que confiere el Gobierno y a que se refiere el artículo 173 numeral 2o. de la Constitución Nacional produzcan plenos efectos jurídicos.

La aprobación, por el Senado, deberá producirse necesariamente con posterioridad al acto por medio del cual el Gobierno confiera el grado. La decisión del Gobierno y la del Senado que la apruebe son requisitos esenciales y concurrentes y constituyen el acto administrativo complejo que dispone el ascenso.

B) Si la Constitución, la ley o el reglamento exigen, para asumir el mando de determinada Unidad el ascenso militar, éste deberá cumplirse en la forma Indicada en el literal anterior.

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; *Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 10 de diciembre de 1993.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD / INSTITUCION HOSPITALARIA / MINISTRO DE SALUD - Facultades / INTERVENCION DE ESTADO / DIRECTOR - Nombramiento

El Ministro de Salud, es competente para intervenir en las instituciones hospitalarias públicas o privadas cuando a juicio del mismo se hallen funcionando inadecuadamente en sus sectores técnico o administrativo. La facultad de intervención es aplicable a toda clase de hospitales tanto públicos como privados. Como la facultad de intervención del Estado se ejerce a través del Ministerio de Salud, a este corresponde, de conformidad con las normas legales vigentes o de los estatutos de la entidad, decidir la separación de quienes desempeñan los cargos de dirección administrativa o técnica. Los órganos administrativos y de dirección, una vez levantada la intervención, entran nuevamente en funciones, salvo que conforme a la ley, a los estatutos o al acto de intervención hayan sido sustituídos. Durante la intervención, el Ministro de Salud podrá convocar a elección de Junta Directiva, ciñéndose estrictamente a los estatutos de la respectiva entidad. Esta ejerce la plenitud de sus funciones una vez que sean levantadas las medidas de intervención.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil -
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Roberto Suárez Franco*

Referencia: Radicación: No. 557. Consulta relacionada con la intervención del Ministerio de Salud en los hospitales públicos o privados y la facultad para tomar transitoriamente la Dirección de dichos hospitales.

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

"El fundamento legal de la intervención se encuentra contemplado en el artículo 39 del Decreto-Ley 056 de 1975, el cual dispone que el Estado por medio de la Dirección del Sistema Nacional de Salud, podrá tomar en forma transitoria, la dirección administrativa y técnica de los hospitales que por razones de orden público, social administrativo o técnico estén funcionando de manera inconveniente, a juicio del Ministerio de Salud.

El artículo 53 del decreto 1088 de 1991 consagra que "Para lograr la utilización y racionalización de los recursos de las fundaciones o Instituciones de utilidad común, el Ministro de Salud podrá ordenar la intervención de las mismas, con el fin de asumir transitoriamente su dirección y administración, para asegurar su correcto funcionamiento y la adecuada satisfacción de las necesidades para las cuales fueron creadas, de conformidad con las normas que reglamenten esta materia."

Igualmente, el literal b) del artículo 49 de la ley 10 de 1990, consagra que en desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia, las autoridades competentes, según el caso, podrán imponer, según la naturaleza y gravedad de la infracción de cualquiera de las normas previstas en la misma la sanción, entre otras, de intervención de la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que presten servicios de salud, por un término hasta de seis (6) meses.

Frente a esta última norma ha de observarse que dicha sanción obedece al incumplimiento de preceptos de la ley 10 de 1990, para lo cual se requiere obviamente la iniciación del correspondiente proceso administrativo, sin que lo anterior implique que la medida administrativa de la intervención consagrada en los Decretos 056 de 1975 y 1088 de 1991 riñan con la medida de intervención como sanción, sobre la base de considerar que la figura contemplada en el artículo 39 del Decreto 056 de 1975, es eminentemente preventiva y de ejecución inmediata para evitar mayores traumas en la prestación del servicio.

Al respecto, este organismo considera que de las anteriores normas, se desprende que la figura excepcional de intervención por parte del Ministerio de Salud, como ente rector del sector salud, conlleva a que éste asuma de manera transitoria, la dirección administrativa y técnica de tales organismos. En consecuencia, al entrar a asumir estas funciones, desplaza de *ipso facto* a los órganos de dirección de la entidad, al igual que suspende la función de nominación del Jefe de la Entidad Territorial de la cual

depende, toda vez que de no ser así, se presentaría colisión de competencias desvirtuando la filosofía de la intervención y por efectos de ésta, la competencia de dirigir administrativa y técnicamente la institución corresponde al Ministerio de Salud, que lo ejerce a través del Director Interventor que designa.

La prestación de los servicios de salud en todos los niveles, es un servicio público a cargo del Estado, administrado en asocio de las entidades territoriales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 10 de 1990 y concordante con el artículo 49 de la Carta Política.

Por otra parte, hemos entendido igualmente, que si bien el artículo 1o. de la Constitución Política, predica que Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de República Unitaria Descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, no significa que sean Estados Federados absolutos, una interpretación en sentido opuesto vulnera la Unidad Política del Estado Colombiano y entrarla en pugna con la misma Constitución Política en cuanto a la estructura organizacional del mismo. En igual sentido el servicio público de salud se consagra a cargo de la Nación y existe todo un sistema de salud integrado por ministerio de la ley, con una Dirección Nacional ejercida por este organismo, unas Direcciones Seccionales y Locales de Salud establecidas a nivel Departamental y Municipal, respectivamente, que integran en un todo de manera jerárquica y coordinada el Sistema de Salud en Colombia.

El servicio público de salud, como quiera que satisface una necesidad de carácter general de manera permanente y contínuo, con sujeción a un régimen jurídico especial, obviamente para garantizar el adecuado funcionamiento y la prestación del servicio de salud a través de las entidades hospitalarias en todos los órdenes departamental o municipal requiere de un control directo y excepcional por parte de este organismo como ente rector de la salud en Colombia, a través del instrumento jurídico de la intervención, cuando se presentan situaciones irregulares de orden técnico, científico o administrativo que impidan el buen ejercicio de la función pública en materia de salud.

Frente a una intervención, este organismo ha entendido que el Director Interventor desplaza a los diferentes órganos de dirección y administración propios de tales entidades, tales como son, en las instituciones de utilidad común, la Asamblea General, la Junta Directiva, Director u órgano que hagan sus veces. Por lo tanto, para efectos de cumplir con la finalidad de la intervención el Director Interventor, asume totalmente a nombre del Ministerio de Salud y por ministerio de la ley, la dirección y administración

del ente, sin que se requiera consultar ningún aspecto con los órganos de la entidad, los cuales durante la intervención son separados, y por ende excluidos de sus funciones.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto,

SE CONSULTA:

El Ministerio de Salud es el Organismo competente para intervenir las instituciones hospitalarias de origen público o privado cuando estén funcionando inadecuadamente en la parte técnica, científica y administrativa, como Ente rector de la salud?

La facultad que le concede el artículo 39 del Decreto-Ley 056 de 1975, permite la intervención de los hospitales públicos en Colombia?

Con fundamento en la facultad de intervención, esta desplaza los Organos de Dirección del Ente intervenido?

Por último, cómo debe entenderse la situación de los Organos Administrativos y de Dirección, propios de la institución intervenida?. Una vez levantada la intervención, asumen éstos nuevamente?

Finalmente, consulto sobre la procedencia o nó de que durante la intervención, se pueda elegir conforme a los estatutos institucionales nueva Junta Directiva, o debe requerirse que previamente sea levantada la intervención."

I.- La salud como servicio público y la intervención del Estado.

1. Antecedentes constitucionales.

1.1.- El artículo 49 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 servicios de salud por 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 ..."

1.2.- El artículo 334 consagra que "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano ... ".

1.3.- En el artículo 64 de la Constitución se impone, como un deber del Estado promover el acceso progresivo de los ciudadanos a la salud.

1.4.- Según el artículo 150, numeral 23, corresponde al Congreso Nacional expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos; en el numeral 8o. del mismo artículo se faculta al Congreso para expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución".

1.5.- De acuerdo al numeral 22 del artículo 189 se faculta al Presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa, para "ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos"; y, en el numeral 26, se ordena al Presidente de la República ejercer las funciones de "inspección vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

1.6.- Por el artículo 330 de la Constitución se faculta a las asambleas departamentales para que por medio de ordenanzas regulen, en concurrencia con los municipios la salud "en los términos que determine la ley" (se subraya).

2. Aspectos de orden legal.

2.1.- El Gobierno mediante el decreto 056 de 1975 organizó el Sistema Nacional de Salud, cuya dirección, a nivel nacional, le fue asignada al Ministerio de Salud.

La facultad del Estado para intervenir en la dirección de los hospitales, está consagrada por el artículo 39 del decreto 056 de 1975 en los siguientes términos: "Para los efectos del presente decreto y de las demás disposiciones sobre Sistema Nacional de Salud, el Estado por medio de la Dirección del Sistema Nacional de Salud podrá tomar, en forma transitoria, la dirección administrativa

y técnica de los hospitales que por razones de orden público, social, administrativo o técnico, estén funcionando de manera inconveniente a juicio del Ministerio de Salud Pública".

2.2.- La prestación del servicio público de salud, ha sido regulado por le ley 10 de 1990, conforme a la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud. En los artículos 8o. y 9o. se dispone que la Dirección Nacional del Sistema de Salud le corresponde al Ministerio de Salud y entre las funciones le asigna la de "vigilar el cumplimiento de las políticas, planes, programas y proyectos y las normas técnicas, administrativas y de calidad del servicio, adoptados para el sector salud, e imponer, si es el caso, las sanciones a que hubiere lugar" (literal f) art.9).

2.3.- El artículo 52 de la misma ley 10 de 1990 deroga "todas las disposiciones que le sean contrarias"; sin embargo, el artículo 39 del decreto 056 de 1975 no contraria ninguna de las disposiciones de la cita da ley, por lo tanto, debe considerarse que está vigente para las instituciones del Sistema Nacional de Salud.

2.4.- La facultad sancionadora, se considera por el artículo 49 en los siguientes términos: "En desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia, las autoridades competentes, según el caso, podrán imponer, según la naturaleza y gravedad de la infracción de cualquiera de las normas previstas en la presente ley, las siguientes sanciones:

"a) Multas en cuantía hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales;

"b) Intervención de la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que prestan servicios de salud, por un término hasta de seis meses;

"c) Suspensión o pérdida definitiva de la personería jurídica de las personas privadas que presten servicios de salud;

"d) Suspensión o pérdida de autorización para prestar servicios de salud".

2.5.- Esta norma fue reglamentada parcialmente por el artículo 53 del decreto 1088 de 1991, en los siguientes términos:

"De la Intervención. Para lograr la mayor utilización y racionalización de los recursos de las fundaciones o instituciones de utilidad común, el Ministerio de Salud podrá ordenar la intervención de las mismas, con el fin de asumir transitoriamente su dirección y administración, para asegurar su correcto funcionamiento y la adecuada satisfacción de las necesidades

para las cuales fueron creadas, de conformidad con las normas que reglamenten esta materia.

"La intervención de las asociaciones o corporaciones sin ánimo de lucro y fundaciones o instituciones de utilidad común, para efectos del control de la prestación del servicio público de salud, se hará en los términos del literal d) del artículo 49 de la ley 10 de 1990 y las normas que lo reglamenten".

2.6.- Finalmente, el decreto 2164 de 1992 por el cual se reestructuró el Ministerio de Salud, en su artículo 2o. fija como uno de sus objetivos el de ejercer la Dirección Nacional del Sistema de Salud, formulando las políticas, planes, programas y proyectos que orienten los recursos y las acciones del sistema de salud y las normas científicas y administrativas para el fomento de la salud, prevención de la enfermedad, tratamiento y rehabilitación.

Y dentro de sus funciones, señale en el numeral 2o. del artículo 3o. "las que le corresponden a la Dirección Nacional del Sistema de Salud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9o. de la ley 10 de 1990".

3.-CONSIDERACIONES DE LA SALA.

3.1.- En el aspecto constitucional, se observa que en la Constitución de 1886 existía la institución de la intervención del Estado en los servicios públicos (art. 32); fue este el fundamento del artículo 39 del decreto 056 de 1975 e igualmente del 49 de la ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario 1088 de 1991 (art. 53) y otras disposiciones concordantes. El artículo 334 de la Constitución de 1991 también contempla la intervención del Estado en los servicios públicos.

3.2.- De las normas pertinentes de la Constitución vigente a que se hizo referencia en la parte inicial de este estudio se tiene que la salud recibe el tratamiento de "servicio público" cuya organización, dirección y reglamentación compete al Estado.

Tal servicio puede ser administrado por entidades públicas o privadas. Su reglamentación corresponde al Congreso así como la delimitación de las funciones de inspección y vigilancia. Las asambleas departamentales, en concurrencia con los municipios, pueden reglamentar los servicios en los términos que determine la ley.

El ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, corresponde al Presidente de la República.

Se observa entonces que los dos estatutos constitucionales le asignan al Estado la Intervención en los servicios públicos.

Por consiguiente, las normas legales expedidas con fundamento en la Constitución de 1886, conservan su vigencia en la actualidad en cuanto no sean contrarias a la Carta que hoy nos rige.

3.3.- En este orden de ideas, el artículo 39 del decreto ley 056 de 1975, faculta al Ministerio de Salud para tomar transitoriamente la dirección administrativa y técnica de los hospitales que se encuentren funcionando en forma inconveniente; y esta calificación le corresponde, por disposición expresa del mismo artículo, al Ministerio de Salud.

La Inspección y vigilancia es una función policíva que por mandato constitucional corresponde al Presidente de la República o a sus respectivos agentes y consiste, ante todo, en la verificación del buen funcionamiento del servicio de salud.

Por la facultad de intervención el Estado concreta la forma de prestación de la "asistencia pública y los criterios para definir las personas imposibilitadas para trabajar que carezcan de medios de subsistencia y de derecho a ser asistidas por otras" (art. 2o. ley 10 de 1990).

En desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia la ley considera unas formas de sanción, consagradas en el artículo 49 de la ley 10 de 1990 que son: 1) La imposición de multas; 2) Intervención en la gestión administrativa y técnica; 3) Suspensión o pérdida definitiva de la personería jurídica y 4) Suspensión o pérdida de autorización para prestar servicios de salud.

Pero debe tenerse en cuenta que la intervención no implica una confiscación de la correspondiente entidad de salud intervenida. Toda la actividad de intervención del Ministerio de Salud o de la Seccional Delegada debe orientarse a lograr el correcto funcionamiento del establecimiento intervenido y no podrá prolongarse por un término superior a los seis meses y será admisible en aquellos órganos de la administración, o en las dependencias técnicas de la entidad intervenida, que estén influyendo en el "funcionamiento inconveniente de la entidad"; en este mismo sentido podrán suspenderse temporalmente las funciones de la Junta Directiva y de los demás órganos de administración que determine el Ministerio en el acto en el cual se dispone la intervención.

De excederse el Ministerio o quien haga sus veces en ejercicio de la función de intervención, incurrirá en abuso de autoridad y tendrá que asumir la consiguiente responsabilidad.

Debe observarse que la aplicación del principio de intervención consagrado en dicha norma se aplica tanto a los hospitales públicos como a los privados que funcionen en forma irregular; tal intervención debe obedecer a razones de orden público, social, administrativo o técnico. Como la norma no distingue, debe ser interpretada en el sentido de que cobija a ambos tipos de establecimientos.

3.4.- La ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud, establece que los servicios de la especialidad constituyen un servicio público (art. 1o.), bien sea prestado por hospitales públicos, fundaciones o clínicas privadas. Igualmente la misma ley dispone que la Dirección Nacional del Sistema Nacional de Salud está a cargo del Ministerio de Salud (art. 8o.) al que le corresponde, en desarrollo de la función de vigilancia y control, imponer las sanciones a que haya lugar.

Entre las sanciones a que se ha hecho mención se encuentra la de "intervención en la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que prestan servicios de salud, por un término hasta de seis meses". Esta intervención está reglamentada parcialmente, en cuanto a fundación o instituciones de utilidad común se refiere, por el artículo 53 del decreto 1088 de 1991.

LA SALA RESPONDE:

1) El Ministerio de Salud, es competente para intervenir en las instituciones hospitalarias públicas o privadas cuando a juicio del mismo se hallen funcionando inadecuadamente en sus sectores técnico o administrativo.

2) La facultad de intervención que consagra el artículo 39 del decreto 056 de 1975 es aplicable a toda clase de hospitales tanto públicos como privados.

3) Como la facultad de intervención del Estado se ejerce a través del Ministerio de Salud, a éste corresponde, de conformidad con las normas legales vigentes o de los estatutos de la entidad, decidir la separación de quienes desempeñan los cargos de dirección administrativa o técnica.

4.- Los órganos administrativos y de dirección, una vez levantada la intervención, entran nuevamente en funciones, salvo que conforme a la ley, a los estatutos o al acto de intervención hayan sido sustituídos.

5.- Durante la intervención, el Ministerio de Salud podrá convocar a elección de Junta Directiva, ciñéndose estrictamente a los estatutos de la respectiva entidad. Esta ejercerá la plenitud de sus funciones una vez que sean

levantadas las medidas de intervención.

En los anteriores términos 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*; Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 7 de diciembre de 1993.

SANEAMIENTO ADUANERO / VEHICULOS / TARIFA - Revisión / ADMINISTRACION DE ADUANAS - Facultades / CUENTA ADICIONAL

Las declaraciones de saneamiento de vehículos en las que se liquidaron los derechos aduaneros con tarifas *ad-valorem* del 8% y 10% desconociendo la tarifa del 75% fijada por la ley, deben ser revisadas tal como se hace con los despachos para consumo en firme existe error en la liquidación que afecta los intereses del Estado. La administración de aduanas correspondiente debe expedir la cuenta adicional reajustando los valores respectivos de conformidad con lo dispuesto en los arts. 324 y 325 del Código de Aduanas, incrementados en un 10% por la diferencia entre los derechos que resulten de la liquidación total de la aduana y los liquidados conforme a la declaración (art. 307 *ibídem*), con los correspondientes intereses.

Consejo De Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Radicación 562. Consulta sobre el alcance que debe dársele a las normas que regulan el saneamiento aduanero (Decreto-ley 1751 de 1991).

El Ministro de Hacienda y Crédito Publico formula a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

1. ANTECEDENTES:

1.1. El numeral 7o. del articulo 61 de la ley 49 de 1990, le confirió facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para establecer los mecanismos que permitieran la declaración y pago de los derechos e impuestos por parte de las personas que hubieren ingresado mercancías al país antes del 1o. de septiembre de 1990, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Régimen Aduanero.

1.2. En desarrollo de las referidas facultades extraordinarias, se expidió el Decreto 1751 de julio 4 de 1991, el cual dispuso, en su artículo 1o., que los declarantes de mercancías ingresadas al país con anterioridad al 1o. de septiembre de 1990, podían adelantar los trámites correspondientes al saneamiento de dichas mercancías siempre y cuando se acreditara el pago oportuno de la tarifa *ad-valorem* establecida en el, artículo 4o. de ese mismo Decreto, conforme al mecanismo señalado en los artículos 5o. y siguientes, sin que hubiere lugar al decomiso, ni a formulación de cuentas adicionales, ni a la imposición de sanción alguna. Al efecto, fijó un plazo comprendido entre el 1o. de agosto y el 31 de octubre de 1991 para presentar las correspondientes declaraciones de saneamiento.

El artículo 2o. de este mismo Decreto fijó los efectos del saneamiento aduanero en estos términos:

> "Las mercancías saneadas serán consideradas, para todos los efectos, con mercancía en libre circulación y la declaración de saneamiento debidamente aceptada y pagada hará las veces de declaración de despacho para consumo en firme y tendrá todos sus efectos jurídicos"

Finalmente, el artículo 4o. fijó las siguientes tarifas *ad-valorem* para el saneamiento aduanero: 75% vehículos; 10% maquinaria, equipos, partes y piezas, materia prima, aeronaves y barcos y 35% para las demás mercancías.

1.3 Posteriormente, el 19 de septiembre de 1991 y con base en las mismas facultades extraordinarias el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2183, en virtud del cual se redujo al 8% la tarifa *ad-valorem* aplicable a toda clase de bienes diferentes a vehículos, los que continuaron sometidos a la tarifa del 75%. Este mismo decreto ratificó que "el saneamiento aqui previsto no dará lugar a cobros diferentes de la tarifa ad-valorem contemplada en este articulo" y estableció un mecanismo de devoluciones en favor de quienes hubieren pagado las declaraciones a las tarifas del 35% y del 10%.

1.4. Con el fin de frenar la indebida utilización que se le dió en varios casos al saneamiento de vehículos, se expidió el Decreto 2250 de 1991, haciendo uso de las mismas facultades extraordinarias, en el cual se anticipó al 4 de octubre de 1991 la fecha límite para la presentación de la declaración de saneamiento aduanero de esta clase de bienes.

1.5. Por último, y ante la declaratoria de inexequibilidad de los Decretos 2183 y 2250, ambos de 1991, el Gobierno expidió el Decreto 1708 de 1992, mediante el cual habilitó un término adicional de 29 días calendario contados a partir del 20 de octubre de 1992, por la presentación de las declaraciones de saneamiento aduanero de vehículos, de conformidad con las regulaciones contenidas en el Decreto ley 1751 de 1991.

Este término adicional fué otorgado en acatamiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-511 del 3 de septiembre de 1992, que declaró la inexequibilidad del Decreto-Ley 2250 de 1991.

1.6.Como consecuencia de las declaraciones de inexequibilidad antes señaladas, el saneamiento aduanero de mercancías, entre ellas los vehículos, finalmente terminó sometido a las regulaciones contenidas que (sic) los Decretos 1751 de 1991 y 1708 de 1992.

2.Ejecución del Programa Saneamiento Aduanero:

No obstante que durante la sucesión de normas antes descritas la tarifa para sanear aduaneramente los vehículos siempre fué el 75%, se presentó un número considerable de declaraciones, acompañadas del correspondiente pago, en las cuales se liquidaron tarifas del 8% y del 10%, declaraciones que fueron aceptadas por los funcionarios de la entonces Dirección General de Aduanas.

Como consecuencia de un programa de auditoria y control interno, se detectó la mencionada irregularidad en tales declaraciones de saneamiento y se procedió a realizar la liquidación de cuentas adicionales, con el fin de recaudar la diferencia entre la tarifa correcta (75%) y la tarifa indebidamente declarada y aceptada (8% y 10%). Para tal efecto, se aplicaron las disposiciones generales aduaneras contenidas en los artículos 307 y 325 del Decreto 2666 de 1984, conforme a los cuales si en la declaración del despacho para consumo se indica un gravámen o impuesto inferior al que corresponda, el Administrador de Aduanas respectivo formulará una cuenta adicional que incluya la liquidación correcta, una sanción del 10% y los intereses corrientes causados desde la fecha de aceptación de la declaración hasta la fecha en que se realice el pago.

3.Consulta:

Con base en lo anteriormente expuesto, se han planteado dos posiciones jurídicas en torno a la solución aplicable a las cuentas adicionales proferidas dentro del programa de saneamiento aduanero de vehículos.

3.1. La primera de ellas sostiene que el Decreto Ley 1751 de 1991 subordina jurídicamente el saneamiento aduanero a la condición de que la respectiva declaración haya sido "debidamente aceptada", conforme lo preceptúa el artículo 2o. El (sic) virtud de lo anterior, no se podría considerar como debidamente aceptada", una declaración de saneamiento liquidada con una tarifa *ad-valorem* diferente a la fijada por la ley.

En adición a lo anterior, como el mismo artículo 2o. del Decreto-ley 1751 de 1991 asimiló la declaración de saneamiento aduanero a la declaración de despacho para consumo, las Administraciones de Aduana estarían facultades para formular cuentas adicionales en cumplimiento de lo preceptuado por los artículos 307 y 325 del Decreto 2666 de 1994 para los casos en que las declaraciones de despacho para consumo adolezcan de errores en la liquidación de gravámenes e impuestos, circunstancia que, así mismo, facultaria realizar la liquidación de sanciones e intereses.

3.2. La segunda posición sostiene que la institución de saneamiento aduanero de mercancías tiene una clara característica de especialidad que no la hace asimilable a ninguna de las formas de introducción aduanera de mercancías. Esta especialidad normativa determina que en aplicación de principios generales de derecho, se rija exclusivamente por las normas que regulan esta institución.

Asumido lo anterior, este planteamiento sostiene que por mandato expreso de los artículos 1o. y 2o. del Decreto-Ley 1751 de 1991, la aceptación de las declaraciones de saneamiento aduanero producen la consecuencia de impedir el decomiso, la presentación de cuentas adicionales y la imposición de sanciones. Señala además que la aceptación de la declaración de saneamiento hace asimilable esta declaración a la de despacho para consumo en firme, aspecto que le impide a la Administración adelantar actividad posterior alguna. Finalmente, esta posición sostiene que por "debidamente" aceptada debe entenderse que haya sido realizada por funcionario competente con el cumplimiento de los requisitos formales.

Planteadas estas dos posiciones o interpretaciones, me permito solicitar que esa H. Corporación emita un concepto acerca de cuál de ellas se ajusta a Derecho o si existe una solución jurídica diferente al problema descrito.

SALA DE CONSULTA

LA SALA CONSIDERA:

1.) El artículo 61 de la ley 49 de 1990, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para adoptar algunas medidas en relación con el procedimiento aduanero, entre ellas la señalada en el número 7, para establecer "mecanismos que permitan la declaración y pago de los derechos e impuestos respecto de mercancías que hubieren ingresado al país con anterioridad al primero (1) de septiembre de 1990, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero".

2.) Con fundamento en dichas facultades extraordinarias el Presidente de la República expidió el Decreto ley 1751, por el cual se establecen mecanismos de saneamiento aduanero. En el articulo 1°. se establece que pueden declarar mercancías quienes las hayan ingresado al país antes del 1 de septiembre de 1990, sin el cumplimiento de los requisitos del régimen aduanero, de este modo se podrá efectuar el correspondiente saneamiento, siempre que se paguen las tarifas *ad-valorem.* Saneamiento que evitará el decomiso, la formulación de cuentas adicionales, la imposición de sanciones o el ejercicio de cualquier acción penal, por las infracciones aduaneras que se hubieren cometido.

La presentación de dicha declaración de saneamiento debera efectuarse en el término comprendido entre el 1o. de agosto de 1991 y el 31 de octubre de ese mismo año (parágrafo 1o. *ibídem*).

El decreto 2250 de 1991 dispuso que el mencionado término se debia reducir al 4 de octubre de 1991, norma que fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional. Esta Corporación, además, ordeno que el gobierno debera habilitar los días que faltaron para el cumplimiento del plazo señalado a los adquirentes de vehículos. Así el gobierno dicto el Decreto 1708 de 1992, por el cual se habilitó el mencionado término y se señalaron algunos requisitos dentro del procedimiento de saneamiento aduanero para vehiculos. Según esta norma la fecha limite para presentar declaraciones vencía el 18 de noviembre de 1992.

3.) Según el artículo 2o., del citado Decreto ley 1751 de 1991, las mercancías saneadas serán consideradas, para todos los efectos, como mercancías en libre circulación y la declaración de saneamiento debidamente aceptada hará las veces de declaración de despacho para consumo en firme y tendrá todos sus efectos jurídicos.

4.) El articulo 4o. *ibídem* dispuso que para que la declaración de saneamiento surtiera los efectos mencionados, los interesados debían cancelar las sumas resultantes de aplicar las siguientes tarifas *ad-valorem* de las mercancías:

"- 75% vehículos;

- 10% maquinaria, equipo, partes y piezas, materias primas , aeronaves y barcos; y

- 35% otras mercancías deferentes a las anteriores".

5.) El decreto 2183 de 19 de septiembre de 1991, modificó las tarifas ad-valorem previstas por el Decreto 1751 de 1991 y señaló que los vehículos seguían con el mismo 75% pero las demás mercancías tendrán una tarifa del 8%.

La Corte Constitucional, mediante sentencia de 3 de septiembre de 1992, declaró inconstitucional el decreto 2183 de 1991, el cual tuvo vigencia hasta el 3 de septiembre de 1992 y, por supuesto, como entró a regir el 19 de septiembre de 1991 era la norma aplicable en materia de tarifas *ad-valorem* para saneamiento aduanero de mercancías; a partir de esta fecha y hasta el 31 de octubre de 1991, cuando venció el plazo para presentar las correspondientes declaraciones de saneamiento.

De manera que las personas que presentaron declaraciones de saneamiento aduanero dentro del término legal e hicieron las liquidaciones de las sumas a pagar, aplicando las tarifas *ad-valorem* señaladas en el decreto 2183 de 1991, no incurrieron en error porque se sometieron al régimen vigente aunque a la postre la Corte Constitucional hubiera declarado su inconstitucionalidad.

6.) De otra parte, según el artículo 144 del Código de Aduanas, el despacho para consumo es "el régimen en virtud del cual las mercancías importadas quedan indefinidamente en territorio aduanero colombiano, en libre circulación". A través de este mecanismo se legaliza toda mercancía proveniente del extranjero que tenga como destino el consumo dentro del territorio nacional.

Cumpliendo el trámite previsto en el Código de Aduanas se efectuará la liquidación oficial de los derechos de importación con base en los datos del reconocimiento de aduanas y de los documentos de la declaración del importador. El pago de la suma resultante debería ser garantizado mediante un depósito en dinero en las entidades bancarias autorizadas según lo prescribe el articulo 152 ibidem. Cumplido este requisito se deberá ordenar la liberación de las mercancías, para que puedan circular libremente en el territorio nacional.

7.) A pesar de que las mercancías tengan circulación sin restricciones, el artículo 324 del citado código, dispone que "dentro del término de dos años,

contados a partir de la cancelación de la declaración, el administrador de la aduana deberá exigir al declarante el pago de los derechos, multas o recargos dejados de percibir, cuando practicada la revisión de las actuaciones consignadas en la declaración y en la documentación que la acompaña, se determine perjuicio para los derechos de la Nación", cuando haya:

> "a) Error en los derechos de importación señalados por el declarante para la mercancía.
>
> b) Error en la aplicación del tipo de cambio o en las operaciones aritméticas efectuadas para liquidar los distintos derechos que deban recaudarse;
>
> c) Error en la determinación del valor o precio de la mercancía; y
>
> d) Cuando sé haya otorgado un gravamen preferencial por razón del origen de las mercancías sin reunir los requisitos pertinentes".

Así, determinado el perjuicio, el administrador de la aduana mediante resolución motivada formulará "cuenta adicional" al declarante (art. 325 *ibídem*), que finalmente consiste en un reajuste de los derechos o impuestos de aduana, cuando existen errores en las sumas que el Estado percibió.

8.) De lo anterior se concluye que, a pesar de estar en firme el despacho para consumo, es posible que se haga una revisión de la declaración y de la liquidación de impuesto aduanero cuando se detecte que hubo perjuicio para la Nación por las causales determinadas en el Código.

Si se establece el perjuicio, se reajustará el valor del impuesto, mediante una cuenta adicional.

9.) Así las cosas, como el artículo 2o. del decreto 1751 de 1991 dispone que la declaración de saneamiento debidamente aceptada y pagada hará las veces de declaración de despacho para consumo en firme, y que tendrá todos los efectos jurídicos, debe entenderse, que sobre ella puede efectuarse la revisión prevista en el articulo 324 del Código de Aduanas y como consecuencia, preferirse la cuenta adicional correspondiente, siempre que ocurra alguna de las causales señaladas en dicha disposición.

La Sala estima que la exoneración prevista en el articulo 1o. del decreto 1751 de 1991, consistente en que no haya decomiso, ni formulación de cuentas adicionales, ni la posibilidad de imponer sanción, ni el ejercicio de la acción penal, **se refiere a infracciones aduaneros que se hubiera cometido antes**

de la presentación de la declaración de saneamiento aduanero, lo cual excluye las conductas irregulares en que pudiera haber incurrido el declarante.

10.) Ahora bien, la consulta se refiere especificamente a declaraciones de saneamiento de vehiculos en las cuales se efectuaron las liquidaciones de los derechos aduaneros sobre tarifas del 8% y 10%, cuando la tarifa *ad-valorem* para ellos siempre fue del 75%, tanto en el decreto ley 1751 de 1991 como en los decretos 2183 de 1991, 1708 de 1992. Sobre dicha tarifa para vehículo no hubo cambio ni tampoco existió motivo de duda o de interpretación pues estas normas fueron muy claras al fijar la tarifa *ad-valorem* en el 75%.

De manera que los declarantes liquidaron los derechos aduaneros sobre porcentajes mas bajos que, obviamente dieron como resultado menores ingresos para el Tesoro Nacional.

Al respecto la Sala hace las siguientes precisiones:

1. El saneamiento aduanero es un beneficio legal; se fundamenta en normas de excepción que son de restrictiva interpretación.

2. Los presupuestos para que prospere dicho beneficio aduanero estaban taxativamente señalados por la ley, a saber:

a) Declaración de saneamiento de mercancías ingresadas al país antes del 1o. de septiembre de 1991.

b) La presentación de la declaración debia efectuarse entre el 1o. de agosto de 1991 y el 31 de octubre de 1991. El anterior término fué prorrogado por el decreto 1708 de 1992, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional del 3 de septiembre de 1992, hasta el 18 de noviembre del mismo año.

c) La presentación de la declaración debia hacerse ante la administración de aduana del lugar donde se encuentra la mercancía.

d) Las tarifas *ad-valorem* para liquidar los derechos aduaneros eran:

75% para vehículos;

10% para maquinaria, equipos, partes, piezas, materias primas, aeronaves y barcos; y

El 8% **para mercancías deferentes a vehículos** tuvo vigencia entre el 19 de septiembre y el 31 de octubre de 1991 porque fue declarado inconstitucional el decreto correspondiente.

e) El pago de los derechos aduaneros debia efectuarse dentro de los 5 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la desfijación del estado que notificaba la liquidación.

3.) Al desconocerse cualquiera de esos requisitos, se perdía el derecho al beneficio aduanero; **tál es el caso de la aplicación de tarifas señaladas.**

4.) Sin embargo, algunas declaraciones de saneamiento de vehículos se liquidaron sin fundamento legal alguno, con las tarifas *ad-valorem* sobre el 8% y 10%, las cuales fueron **aceptadas irregularmente por los funcionarios competentes.** Esta actuación oficial,.implica que dichas declaraciones hacen las veces de despachos para consumo, con todos los efectos jurídicos señalados por la ley, por lo cual están sometidas a las revisiones previstas por el Código de Aduanas, y, como consecuencia de el, se pueden efectuar los reajustes sobre las liquidaciones mediante las respectivas cuentas adicionales (arts. 324 y 325).

De ninguna manera puede considerarse que las declaraciones de saneamiento defectuosas e irregulares, que en principio, no debieron aceptarse, puedan quedar en firme sin ninguna revisión, cuando ostensiblemente violaron el régimen excepcional de beneficio con evidente detrimento del Tesoro Nacional. Por el contrario, es necesario ejercitar los mecanismos regulados en la ley, que tratan de remediar los perjuicios causados al Estado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde el interrogante formulado por el Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público:

Las declaraciones de saneamiento de vehículos en las que se liquidaron los derechos aduaneros con tarifas *ad-valorem* del 8% y 10%, desconociendo la tarifa del 75% fijada por la ley, deben ser revisadas tal como se hace con los despachos para consumo en firme cuando existe error en la liquidación que afecta los intereses del Estado. La administración de aduanas correspondiente debe expedir la cuenta adicional reajustando los valores respectivos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 324 y 325 del Código de Aduanas, incrementados en un 10% **por la diferencia entre los derechos que resulten de la liquidación total de la aduana y los liquidados conforme a la declaración (art. 307 *ibídem*),con los correspondientes intereses.**

Transcríbase en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 16 de diciembre de 1993.

TRANSPORTE MULTIMODAL / REGISTRO DE OPERACIONES REGLAMENTACION / JUNTA DE ACUERDOS DE CARTAGENA - Facultades / POLIZA DE SEGUROS

El Gobierno Nacional no tiene facultades para reglamentar la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena porque la tercera disposición transitoria de la misma las asigna a la Junta. Según la tercera disposición transitoria del Acuerdo de Cartagena, corresponde a la Junta reglamentar la Decisión 331 de 1993 "para el registro de los Operadores de Transporte Multimodal", tomando en consideración los requisitos prescritos por el artículo 31 *ibídem*, "incluyendo la forma de la garantía equivalente y de la póliza de seguros". En consecuencia, esta atribución no corresponde ni puede ser ejercida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 567. Consulta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte sobre aplicación de la decisión 331 del Acuerdo de Cartagena relativa al transporte multimodal y al registro de sus operaciones.

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

"El Decreto 1136 de 1992, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó el Artículo 987 del Código de Comercio, modificado por el

Artículo 7 del Decreto 01 de 1990, adscribió al Ministerio de Obras Públicas y Transporte la función de habilitar a los operadores de transporte multimodal, fijó los requisitos y estableció los trámites que los peticionarios deben cumplir para obtener dicha habilitación.

Por su parte, la Junta del Acuerdo de Cartagena, JUNAC, con fecha 4 de marzo de 1993, emitió la Decisión No. 331, sobre transporte multimodal, fijando algunos requisitos diferentes a los establecidos por el Decreto 1136, *ibídem*.

La Decisión No. 331 entró en vigencia a partir del 11 de marzo de 1993, fecha que corresponde a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

No obstante lo anterior, la disposición tercera transitoria de la Decisión 331, fijó un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, contados a partir de la fecha de entrada en Vigencia de la Decisión, o sea contados a partir del 11 de marzo de 1993, para que la JUNAC dictara la reglamentación necesaria para el registro de los operadores de transporte multimodal en la cual "(....) se considerarán los antecedentes necesarios para acreditar el cumplimiento de los requisitos enunciados en el artículo 31, incluyendo la forma de la garantía equivalente y de la póliza de seguro".

Vale aclarar que la póliza de seguro, requisito no contemplado en la legislación nacional es uno de los aspectos que entrañan más dificultad en la aplicación de la Decisión, por cuanto hasta la fecha de la presente consulta, la reglamentación no ha sido expedida por la JUNAC, no obstante haberse vencido el plazo máximo de 120 dias calendario de que trata disposición (sic) tercera transitoria, precedentemente mencionada.

Esta situación ha originado una serie de inconvenientes de orden práctico en la aplicación de la Decisión 331 ya que pese a su carácter prevalente como norma supranacional, es inaplicable por carencia de reglamentación, frente a la normatividad contenida en el Decreto No. 1136 de 1992 que contiene algunas disposiciones diferentes como se dijo.

Por las anteriores consideraciones, se consulta:

1o. No contando con la reglamentación correspondiente, pero estando vigente la Decisión 331 de 1993 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, es posible efectuar el registro de quienes desean actuar como operadores de Transporte Multimodal Internacional, atendiendo los requisitos establecidos por la Decisión mencionada?

2o. Para efecto de la aplicación de la Decisión No. 331, *ibídem*, puede el Gobierno Nacional Reglamentarla, particularmente en lo que se refiere a la póliza de seguros exigida por dicha norma, por no existir como requisito en nuestra legislación, subordinado esta reglamentación a lo que disponga la JUNAC sobre estos aspectos, dentro del marco de su competencia?.

3o. Podría la autoridad competente, en este caso el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, definir qué clase de póliza de seguro es la adecuada, mientras la JUNAC expide o adopta (sic) la reglamentación correspondiente?.

LA SALA CONSIDERA:

1o.) El Decreto 1396 de 1992 reglamenta el artículo 897 del Código de Comercio, modificado por el artículo 70 del Decreto 01 de 1990. Mediante él se creó el Comité Asesor de Transporte Multimodal y se estableció el procedimiento para la habilitación del Operador de Transporte Multimodal. Pero la consulta versa sobre la manera de cumplir la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena sobre la misma materia.

2o.) El artículo 15, literal b), del Acuerdo de Cartagena atribuye a la Junta, entre otras facultades, "cumplir los mandatos de la Comisión".

3o.) La tercera disposición transitoria de la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena textualmente prescribe:

"La Junta del Acuerdo de Cartagena, dentro de un plazo máximo de 120 días calendario, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, dictará la reglamentación necesaria para el registro de los Operadores de Transporte Multimodal, en la que se considerarán los antecedentes necesarios para acreditar el cumplimiento de los requisitos enunciados en el artículo 31, incluyendo la forma de la garantía equivalente y de la póliza de seguro".

De manera que, según la transcrita disposición, corresponde a la Junta del Acuerdo de Cartagena expedir la reglamentación Indispensable para el registro de los Operadores de Transporte Multimodal, teniendo en cuenta los requisitos prescritos por el artículo 31 de la Decisión 331 de 1993 del mismo Acuerdo, "incluyendo la forma de la garantía equivalente y de la póliza de seguro".

4o.) En consecuencia, el Gobierno Nacional no tiene facultades para

reglamentar la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, ni siquiera para regular lo concerniente a la póliza de seguros. Hacerlo implicaría asumir la atribución específica que la Decisión 331 de la Comisión asigna a la Junta e infringir, indirectamente, el artículo 15, literal b), del Acuerdo de Cartagena.

6o.) La tercera disposición transitoria de la Decisión 331 de 1993 prescribió que la Junta debía expedir "la reglamentación necesaria para el registro de los Operadores de Transporte Multimodal" dentro del término "de 120 dias calendario, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia" de la misma.

Si, como se afirma en el texto de la consulta, ese plazo venció sin que la Junta hubiera expedido la reglamentación, el Gobierno Nacional bien podría, por los medios pertinentes, recabar la expedición de esa reglamentación que haría posible cumplir la Decisión 331 de 1993.

Con fundamento en lo expuesto,

LA SALA RESPONDE:

1o.) El Gobierno Nacional no tiene facultades para reglamentar la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena porque la tercera disposición transitoria de la misma las asigna a la Junta.

2o.) Según la tercera disposición transitoria del Acuerdo de Cartagena, corresponde a la Junta reglamentar la Decisión 331 de 1993 "para el registro de los Operadores de Transporte Multimodal", tomando en consideración los requisitos prescritos por el artículo 31 *ibídem* "incluyendo la forma de la garantía equivalente y de la póliza de seguros". En consecuencia, esta atribución. no corresponde ni puede ser ejercida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria

Autorizada su publicación el 29 de diciembre de 1993

AUDITOR DE GUERRA SUPERIOR - Requisitos / JURISDICCION PENAL MILITAR / PERSONAL ADSCRITO - Régimen Salarial / PRIMA ESPECIAL / FACTOR SALARIAL / APORTE PARAFISCAL /ANALOGIA - Improcedencia

No existe incongruencia entre los requisitos exigídos en el artículo 323 del Codigó Penal Militar para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar en relación con los contemplados en el artículo 361 para ser Auditor de Guerra Superior; y por tanto para acceder a este último cargo se deben reunir os requisitos del artículo 361 exigidos por el Código Penal Militar. En cuanto a si la prima especial creada y reconocida por la ley 4 de 1992 y decretos 51 y 57 de 1993 constituye o no factor de salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de los Magistrados Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la consulta, por razones ya expuestas.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Roberto Suárez Franco*

Referencia: Radicación No. 564. Consulta del Ministerio de Defensa relacionada con la prima especial reconocida por los decretos 51 y 57/93 y ley 4ª./ 92, si ésta constituye factor salarial para efectos de liquidación de prestaciones sociales para el **personal adscrito a la Jurisdicción penal militar**.

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

"A. El artículo 323 del Código Penal Militar consigna los requisitos para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar; por su parte el artículo 361 de la misma obra, consagra los requisitos para ser Auditor de Guerra Superior.

"Artículo 323.- Requisitos. Para ser magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar, se requiere: ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de 30 años de edad, gozar de buena reputación y, además, llenar por los menos uno de los siguientes requisitos:

1. Haber sido magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar o de Distrito Judicial -Sala Penal-, por un tiempo no menor de dos (2) años, y que no se encuentre en la edad de retiro forzoso.

2. Haber sido Auditor Superior o Auditor Principal de Guerra por más de cuatro (4) años, o Auditor Auxiliar o Juez de Instrucción Penal Militar por un tiempo no menor de seis (6) años.

3.Ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, con título de abogado, obtenido por lo menos cuatro (4) años antes de la elección, y haber desempeñado cargos de Juez de Instrucción o Auditor de Guerra dentro de la organización de Justicia castrense, por un tiempo no menor de cinco (5) años.

PARAGRAFO.- Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo al Comandante General de las Fuerzas Militares.

"Artículo 361.- Requisitos.- Para ser auditor de guerra superior se requiere:

1. Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años de edad y ser abogado titulado.

2. Haber sido auditor de guerra principal por un término superior a tres (3) años.

Para ser auditor de guerra principal se requiere:

1. Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años de edad y ser abogado titulado.

2. Haber sido auditor de guerra auxiliar o juez de Instrucción penal militar, por un término no menor de tres años.

Para ser auditor de guerra auxiliar se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado o haber terminado estudios de derecho en una facultad aprobada por el Gobierno Nacional.

Para ser juez de instrucción penal militar se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado. Para su designación, además de las condiciones anteriores, se preferirá a quien hubiere aprobado cursos académicos de especialización en ciencias penales o criminológicas por un tiempo no menor de un (1) años, o desempeñando el cargo de juez de instrucción, por un término no menor a dos (2) años".

Se consulta a esa Honorable Corporación, si existe alguna incongruencia en los requisitos exigidos en el artículo 323, en relación con los contemplados en el 361, arriba citados, en el sentido que siendo mayores los requisitos y calidades para ser auditor de guerra superior (art. 361) que para ser fiscal o magistrado del Tribunal Superior Militar (art. 323), se puede acceder al cargo de auditor de guerra superior reuniendo los requisitos de un cargo de mayor jerarquía, para el caso concreto los de magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar.

Lo anterior, con base en una petición tramitada por parte de la Auditoría Principal de Guerra -Inspección General- Policía Nacional- de Santafé de Bogotá D.C. ante la Dirección General de la Policía Nacional, en la que se consigna como argumentos que debe buscarse la aplicación de la máxima "donde se puede lo más se puede lo menos", para significar que si se reúnen requisitos para un cargo de mayor jerarquía, se puede acceder al de menor, aún que los de este último sean más gravosos, y, además, que se de aplicación a las normas sobre hermenéutica consagradas en el Código Civil, en especial sus artículos 26 y 27.

Expresa la referida solicitud que: "... si existe incongruencia entre lo expresado en el artículo Código Penal Militar y lo determinado en el artículo 361 de la misma obra castrense, atentando contra la armonía que debe imperar en las leyes y principios básicos de derecho como la equidad y la igualdad, es preciso que, el H. Consejo de Estado, con base en la norma del artículo 5o. de la ley 153 de 1887, que establece que: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes", clarifique si, todos los funcionarios que reúnan los requisitos para ser Magistrados o Fiscales del

Tribunal Superior, a más de los Auditores de Guerra Principales con más de tres años en el cargo, pueden ser nombrados Auditores de Guerra Superiores o solo están en condiciones de acceder a este cargo los encasilla dos en el artículo 361 del Código Penal Militar".

B. En segundo lugar se solicita al H. Consejo de Estado, conceptúe si la prima especial reconocida según los decretos 51 y 57 de 1993 y la Ley 4 de 1992, constituye factor de salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales del personal adscrito a la Jurisdicción Penal Militar.

Lo anterior con fundamento en el pronunciamiento proferido por esta Alta Corporación, Sala de Consulta y Servicio Civil, de fecha 13 de marzo de 1992, Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas, radicación No.435, tema: base salarial para liquidar el aporte patronal del 3% con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

LA SALA CONSIDERA:

1.- **La justicia penal militar.**

1.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución, la Justicia Penal Militar "administra justicia", además de otros organismos que se citan en la disposición.

El artículo 221 de la Carta, establece el fuero penal militar, en los siguientes términos: "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

2.- Mediante decreto 2550 de 1988, el Gobierno expidió el Código Penal Militar vigente; particularmente en el título II estableció lo relativo a la jurisdicción y competencia.

En el artículo 323 del Código citado se exigen como requisitos para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar: "Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad, gozar de buena reputación y, además, llenar por lo menos uno de los siguientes requisitos:

"1. Haber sido Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar o de Distrito Judicial -Sala Penal-, por un tiempo no menor de dos (2) años, y que no se encuentre en la edad de retiro forzoso.

"2. Haber sido Auditor Superior o Auditor principal de guerra por más de cuatro (4) años, o Auditor auxiliar o Juez de Instrucción Penal Militar por un tiempo no menor de seis (6) años.

"3. Ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, con título de abogado, obtenido por lo menos cuatro (4) años antes de la elección, y haber desempeñado cargos de Juez de Instrucción o Auditor de Guerra dentro de la organización de la justicia castrense, por un tiempo no menor de cinco (5) años.

"Parágrafo.- Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo al Comandante General de las Fuerzas Militares".

El Tribunal Superior Militar tiene competencia para conocer los siguientes asuntos:

"1. En primera instancia de los procesos penales militares que se adelanten contra jueces de instrucción penal militar y auditores de guerra, por los delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellos.

"2. De la consulta y de los recursos de apelación y de hecho en los procesos penales militares.

"3. De los conflictos de competencia que se susciten entre funcionarios de la jurisdicción penal militar.

"4. De los impedimentos y recusaciones de los jueces de primera instancia y funcionarios de instrucción penal militar.

"5. De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales militares" (art. 320 Código Penal Militar).

Por su parte, el artículo 358 del mismo estatuto, le asigna como funciones a los auditores de guerra superior, principal y auxiliar, las siguientes: servir de "asesores jurídicos de los jueces de primera Instancia deben rendir los concepto que ellos le soliciten, elaborar los proyectos de decisión y asesorar los consejos verbales de guerra".

"Todos sus proyectos y conceptos deben ir firmados y no son de forzosa aceptación".

Los requisitos para ser Auditor de Guerra Superior, según el artículo 361 son:

"1. Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años de edad y ser abogado titulado.

"2. Haber sido Auditor de Guerra principal por un término superior a tres (3) años".

3.- Con la consulta se formula una presunta incongruencia entre los requisitos exigidos por el artículo 323 y los enumerados por el artículo 361, ambos integrantes del Código Penal militar.

La primera de las normas citadas se refiere a aquellos requisitos legalmente exigidos para ser nombrado Magistrado o Fiscal de Tribunal Superior Militar; la segunda disposición mencionada determina los requisitos necesarios para ser designado Auditor de Guerra Superior. Dichos requisitos están taxativamente enumerados, lo cual no permite dudas sobre su aplicación.

El artículo lo. de la ley 153 de 1887 consagra que:"siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre la ley anterior y la ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo", las autoridades de la república y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

De la norma transcrita se deduce que en ella se contemplan tres situaciones fundamentales referidas a la interpretación de la ley:

1ª. Incongruencia entre las disposiciones legales.

2ª. Oposición entre una ley anterior y una ley posterior

3ª. Tránsito del derecho antiguo al nuevo.

La consulta de cuyo estudio se ocupa la Sala se relaciona con la primera de estas situaciones: la incongruencia.

La incongruencia entre dos disposiciones legales contempla una de rogación por incompatibilidad. Ello suele ser consecuencia de una falta de conformidad en su extensión, en su aspecto conceptual o en el alcance en el tiempo. Pero se da cuando dos o más disposiciones se refieren a un mismo asunto, valer decir, a una misma materia. Si la incongruencia es clara por cuanto ambos textos legales se refieren a un mismo asunto, la ley anterior habrá dejado de existir. Pero si la incongruencia puede salvarse mediante interpretación jurídica haciendo de los textos un conjunto armónico, no habrá entre ellos incompatibilidad, ni derogación.

En el caso planteado la Sala observa que la incongruencia no se presenta por cuanto las disposiciones citadas se refieren a situaciones jurídicas diversas: en la primera se contemplan los requisitos para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar y en la otra los requisitos para ser nombrado como Auditor de Guerra Superior.

Por otra parte, es menester tener en cuenta que tales disposiciones forman parte del derecho público de la Nación y están precisando los requisitos para desempeñar ciertos cargos públicos fijados en la ley.

En síntesis, la Sala no encuentra que se configure incongruencia entre las dos disposiciones de cuyo estudio se ha ocupado.

Si se llegare a presentar tal incongruencia como la plantea la consulta ello solo podría ser solucionado mediante una reforma de carácter legal.

4.- Además la jurisdicción penal Militar que es especial, en tratándose del cargo de Auditor de Guerra Superior no establece alternativas ni señala equivalencias: la norma es clara al exigir para su desempeño, ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años, ser abogado titulado y haber sido Auditor de Guerra principal por un término superior a tres (3) años.

Son esos los requisitos que debe cumplir quien acceda al cargo de Auditor de Guerra Superior.

II.- Naturaleza de la prima especial al personal adscrito a la jurisdicción penal militar.

1.- La Constitución Política le otorgó al Congreso en el artículo 150 la atribución de hacer las leyes y específicamente, en el numeral 19 le concedió la función de:

> "Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para distintos efectos. En el literal e) del artículo citado se concreta esta función así: "fijar el régimen salarial prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

2.- En desarrollo del citado precepto constitucional, el Congreso expidió la ley 4a. de 1992, por la cual se señalan, entre otros, normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso

Nacional y de la Fuerza Pública. Tal estatuto legal en su artículo 2o. impone al Gobierno Nacional el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales. Por su parte en el artículo 14, se ordena: "El Gobierno Nacional establecerá una prima no Inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público, delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluídos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (lo.) de enero de 1993 ..."

"Parágrafo.- Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad". (subraya la Sala).

3.- El régimen salarial y prestacional de la justicia Penal Militar está consagrado en los decretos 51 y 57 de 1993, y en ellos se reglamenta la prima especial, así:

a) En el artículo 9o. del decreto 51 de 1993 se dispone: "Los funcionarios a que se refiere el artículo 14 de la ley 4ª. de 1992, con excepción de los señalados en el parágrafo de dicho artículo, tendrán derecho a percibir, a partir del 1o. de enero de 1993, una prima especial, sin carácter salarial equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico. La prima a que se refiere el presente artículo, es Incompatible con la prima a que hace referencia el artículo 7o. del presente decreto". (subraya la Sala).

b) El decreto 57 de 1993, en su artículo 6°. expresa: "En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 4ª. de 1992, se considerará como prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar" (subraya la Sala).

De otra parte, se observa que el concepto proferido por esta Sala, el 13 de marzo de 1992 (radicación No. 435), no puede aplicarse al caso de la prima especial creada por la ley 4a. de 1992, ya que en él, se hace referencia exclusivamente al concepto de vacaciones como factor salarial para liquidar el aporte patronal del 3% con destino al ICBF; por tanto no puede hacerse uso de

la analogía, para la prima en mención ya que como quedó expresado antes, la misma ley te quitó a ésta en forma expresa, el carácter salarial.

4.- No obstante lo anterior se requiere previamente resolver sobre la constitucionalidad de la ley 4a. de 1992 y sobre la legalidad de los artículos 51 y 57 de 1993 en lo referente a la prima especial como factor salarial.

Existe actualmente controversia judicial sobre la naturaleza jurídica en cuanto a si la prima especial constituye o no factor salarial, lo que impide un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala.

LA SALA RESPONDE:

A) No existe incongruencia entre los requisitos exigidos en el artículo 323 para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar en relación con los contemplados en el artículo 361 para ser Auditor de Guerra Superior; y por tanto para acceder a este último cargo se deben reunir los requisitos del artículo 361 exigidos por el Código Penal Militar.

B) En cuanto a si la prima especial creada y reconocida por la ley 4a. de 1992 y decretos 51 y 57 de 1993 constituye o no factor de salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la consulta, por razones ya expuestas.

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 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 28 de diciembre de 1993.

CAMARA DE COMERCIO / INGRESOS - Naturaleza / REGISTRO MERCANTIL IMPUESTOS - Inexistencia / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Funciones / CONTROL FISCAL - Improcedencia

De conformidad con la Constitución Política de 1991, la noción de servicio público es predicable también de los particulares, siendo función de la ley la regulación de su ejercicio. De conformidad con la Ley 6a. de 1992, los ingresos de las Cámaras de Comercio por los servicios que prestan, incluídos los concernientes al registro mercantil, cuyas tarifas corresponde fijar al Gobierno Nacional, son de naturaleza privada y pertenecen a cada una de ellas, debiendo ser invertido en la forma dispuesta por dicha ley y su Decreto Reglamentario 1259 de 1993. El artículo 88 del C. de Co. y la Ley 42 de 1993 deben ser interpretados, en la materia relacionada con el control fiscal, teniendo en consideración lo dispuesto por el art. 267 de la Nueva Constitución, el cual atribuye a la Contraloría General de la República el ejercicio de la vigilancia fiscal en relación con las diversas entidades, dependencias y organismos de la administración pública, así como respecto de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes a la Nación. El artículo 124 de la ley 6a. de 1992 no contradice lo dispuesto en el art. 93 numeral 2o. del C. de Co., que establece como ingresos ordinarios de las Cámaras de Comercio: "las cuotas anuales que el reglamento señale para los comerciantes afiliados e inscritos" y, por tanto, esta última norma conserva su vigencia.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil

Santa Fe de Bogotá, D.C. , dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALA DE CONSULTA

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Consulta sobre la naturaleza de los Ingresos de las Cámaras de Comercio y el control a que están sometidos. Radicación número: 566.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Luis Alberto Moreno Mejía, en ejercicio de la atribución que el art.98 del Código Contencioso Administrativo confiere al Gobierno Nacional, y previas algunas consideraciones acerca de las Cámaras de Comercio y las funciones que cumplen, solicita a la Sala absolver la siguiente consulta:

1. ¿ A la luz de la nueva Constitución, cuál es la naturaleza de los ingresos de las cámaras de comercio provenientes del registro mercantil ?

2. ¿ Cómo se debe interpretar el artículo 86 del Código de Comercio frente a la Ley 42 de 1993, toda vez que a la luz de ésta, sólo son sujetos de control fiscal los particulares que manejen fondos, bienes o recursos del Estado ?

3. ¿ Con la expedición del artículo 124 de la ley 6a. de 1992 se entiende que continúa vigente el numeral 2o. del artículo 93 del Código de Comercio que establece como ingresos ordinarios de las cámaras: "Las cuotas anuales que el reglamento señale para los comerciantes afiliados e inscritos ?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Titularidad en la prestación de los servicios públicos. La Constitución Política de 1991, siguiendo en esta materia la evolución doctrinaria y jurisprudencial, admitió de manera expresa que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.

La disposición a que se hace referencia, contenida en el art.365 del ordenamiento constitucional, agrega: "En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios".

Respecto de la prestación de servicios públicos por particulares, que pueden ser personas naturales o jurídicas, la Constitución dispone en otros de sus preceptos que la regulación de su ejercicio es competencia de la ley. En este sentido armonizan los artículos que se transcriben a continuación:

> 123. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (inciso 3o.)
>
> 210. Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley (inciso 2o.).

Igualmente, respecto de colegios formados por personas que ejercen profesiones liberales, la Carta Política admite que la ley pueda asignarles funciones públicas, estableciendo los controles adecuados. Es así como se expresa:

> 26. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. (inciso final).

Como consecuencia, la prestación de los servicios públicos, que se enmarca dentro de la finalidad social del Estado, es una función pública cuya titularidad adscribe la Constitución no solamente a esa organización jurídico-política de la sociedad, sino también, dentro de las condiciones y controles que la ley determine, a los particulares, que de este modo se convierten en importantes colaboradores para el cumplimiento de los fines del Estado.

II. El registro mercantil. El carácter de servicio público es predicable de la función administrativa consistente en llevar el registro mercantil y certificar acerca del mismo, que la ley ha atribuído a unas entidades cuya naturaleza jurídica ha sido controvertida de tiempo atrás, denominadas Cámaras de Comercio, las cuales cumplen además otras importantes labores tendientes a la defensa y promoción del gremio de los comerciantes.

Aunque el Código de Comercio las califica como "instituciones de orden legal, con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional..." (art. 78), términos que interpretados gramaticalmente hicieron creer a algunos que ellas participaban de la naturaleza de los establecimientos públicos y, a otros, menos exegéticos, que eran entidades paraestatales, es decir, "entes privados muy cerca del Estado por sus atribuciones de potencia pública, pero no incorporados en sus cuadros administrativos" (Mario Rodríguez en sus "Notas para un curso de derecho administrativo general", publicación de la Universidad de Medellín, 1989, p.103), frente al nuevo esquema constitucional es posible considerarlas como entidades de carácter gremial, que cumplen, además, algunas funciones públicas. Estas últimas son las relacionadas con el registro mercantil, pero todo su marco jurídico de organización interna y funcionamiento apunta en el sentido

indicado, como puede deducirse de su régimen de afiliación, de la sujeción de sus trabajadores a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, del nombramiento de sus directivos de conformidad con lo dispuesto en sus propios estatutos y, en fin, de la fuente de sus ingresos.

El registro mercantil tiene por objeto, de conformidad con lo preceptuado por el art. 26 del Código de Comercio, "llevar la matricula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad" norma que es consecuencia de la obligatoriedad impuesta por la misma ley a todo comerciante de matricularse en el registro mercantil y hacer las inscripciones mencionadas (art. 19, *ibídem*).

Según el código en referencia, "el producto de los derechos autorizados por la ley para las inscripciones y certificados", constituyen ingresos ordinarios de cada Cámara de Comercio, junto a "las cuotas anuales que el reglamento señale para los comerciantes afiliados e inscritos" y "los que produzcan sus propios bienes y servicios" (art. 93).

Dicha normatividad, aunque anterior a la Constitución de 1991, no se encuentra en contradicción con la ley 6a. de 1992, cuyo art. 124 preceptuó que el monto de las tarifas que deben sufragarse "en favor de las Cámaras de Comercio" por concepto de las matrículas, las renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones, será fijado por el Gobierno Nacional.

Esa autorización otorgada por la ley al Gobierno, para fijar tarifas por concepto de servicios públicos a cargo de entidades públicas o privadas (en este caso las Cámaras de Comercio), tiene su fundamento constitucional en la atribución conferida a las corporaciones públicas para permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen (art.338 inciso segundo).

De manera que los dineros que las Cámaras de Comercio perciben por los servicios que prestan a los usuarios con ocasión o en desarrollo del registro mercantil, provienen del cobro de tasas autorizadas por la autoridad pública competente.

Por lo demás, los ingresos que generen las Cámaras de Comercio deberán ser destinados, conforme a lo dispuesto por uno de los decretos reglamentarios de la ley 6a. de 1992 (el 1259 de 1993), "al cumplimiento de las

funciones previstas en el artículo 86 del Código de Comercio, en el artículo 5o. del decreto 1520 de 1978, a las restantes funciones que les sean autorizadas en las disposiciones legales y a los actos directamente relacionados con las mismas y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de dichas Instituciones".

Todos aquellos ingresos, que son ingresos ordinarios, se destinan al cumplimiento de sus diversas funciones, para lo cual deben conformar previamente el presupuesto de las Cámaras de Comercio, cuya aprobación, por mandato legal, corresponde ejercer a la Superintendencia de Industria y Comercio (Art.88 del Código de Comercio). A esta Superintendencia, según su último decreto reorgánico, le corresponde, en general, "ejercer el control y vigilancia de las Cámaras de Comercio, sus federaciones y confederaciones, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia, y coordinar lo relacionado con el registro único mercantil", así como "resolver los recursos de apelación y queja interpuestos contra los actos expedidos por las Cámaras de Comercio" (decreto-ley 2153 de 1992, art.2o., numerales 7o. y 8o.); esta última atribución debe entenderse en relación con aquellos actos que expidan en cumplimiento de la parte de función pública que les corresponde ejercer.

De lo expresado, la Sala infiere que los ingresos de las Cámaras de Comercio, incluidos los provenientes del ejercicio de la función administrativa concerniente al registro mercantil, son de carácter privado y pertenecen a la respectiva entidad gremial. No pueden considerarse como de naturaleza fiscal o pública, por cuanto no se trata propiamente de impuestos, ni de contribuciones especiales que reportan beneficio al contribuyente, como en el caso de la valorización, ni tienen la generalidad para el sector que es inherente a la parafiscalidad; ciertamente no son dineros del Estado, que de serlos tendrían que ingresar al Presupuesto General de la Nación y no al presupuesto de cada Cámara de Comercio, o ser administrados como contribuciones parafiscales. La obligación en cuanto a la administración del registro mercantil, consiste en lle varlo con sujeción a las disposiciones legales, pudiendo cobrarse al usuario del servicio la tasa establecida por el Gobierno, la cual constituye un ingreso para cada una de las Cámaras de Comercio.

Los dineros mencionados no son susceptibles, entonces, de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, por cuanto se encuentran por fuera de la órbita de competencia de este organismo, al que corresponde vigilar "la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación" (Constitución Política, art.267, inciso primero).

SALA DE CONSULTA

Las Cámaras de Comercio cumplen, además de las funciones correspondientes a su condición de organización gremial, la de carácter público, ya tradicional, del registro mercantil, y en el próximo futuro asumirán otra no menos importante en materia de contratación estatal: llevar el registro nacional de proponentes (ley 80 de 1993, art. 22). Por eso, en desarrollo de las nuevas disposiciones constitucionales que le permiten a la ley regular el ejercicio de funciones públicas por particulares, tanto la ley 6a. de 1992 como el decreto-ley 2153 del mismo año, han fijado el valor y destino de sus ingresos originados en el registro mercantil y en las certificaciones que expiden en relación con el mismo, así como las funciones de inspección y vigilancia, correspondiendo estas últimas a la Superintenciencia de Industria y Comercio.

En concordancia con las consideraciones anteriores,

LA SALA RESPONDE:

1. De conformidad con la Constitución Política de 1991, la noción de servicio público es predicable también de los particulares, siendo función de la ley la regulación de su ejercicio.

De conformidad con la ley 6a. de 1992, los ingresos de las Cámaras de Comercio por los servicios que prestan, incluídos los concernientes al registro mercantil, cuyas tarifas corresponde fijar al Gobierno Nacional, son de naturaleza privada y pertenecen a cada una de ellas, debiendo ser invertidos en la forma dispuesta por dicha ley y su decreto reglamentario 1259 de 1993.

2. El art. 88 del Código de Comercio y la ley 42 de 1993 deben ser interpretados, en la materia relacionada con el control fiscal, teniendo en consideración lo dispuesto por el art. 267 de la nueva Constitución, el cual atribuye a la Contraloría General de la República el ejercicio de la vigilancia fiscal en relación con las diversas entidades, dependencias y organismos de la administración pública, así como respecto de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

3. El art. 124 de la ley 6a. de 1992 no contradice lo dispuesto en el art. 93, numeral 2o., del Código de Comercio, que establece como ingresos ordinarios de las Cámaras de Comercio: "Las cuotas anuales que el reglamento señale para los comerciantes afiliados e inscritos" y, por tanto, esta última norma conserva su vigencia.

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

RAD. -566

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación el 7 de enero de 1994.

ICCE - Supresión / ICCE -Liquidación / EMPLEADO OFICIAL / SUPRESION DE EMPLEOS / FUNCIONARIO DE CARRERA / DERECHO PREFERENCIAL / DERECHOS ADQUIRIDOS / SOLUCION DE CONTINUIDAD - Improcedencia

Procede jurídicamente el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales a los exfuncionarios del ICCE que tenían la condición de escalafonados en carrera administrativa, por el tiempo transcurrido, desde la liquidación del Instituto hasta la fecha de su retiro compensado, dispuesto por el Gobierno Nacional en la Resolución 572 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación No. 570. Consulta sobre la viabilidad de hacer pagos por salarios y otras obligaciones a funcionarios del suprimido Instituto Colombiano de Construcciones Escolares-ICCE.

La Ministra de Educación Nacional, doctora Maruja Pachón de Villamizar, formula a la Sala la consulta que concibe en los términos siguientes:

El artículo 24 del decreto 77 de 1987 suprimió el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares-ICCE, establecimiento adscrito al Ministerio de Educación, buena parte de cuyas funciones fueron asumidas por la Dirección General de Construcciones Escolares, creada por el artículo 29 como una dependencia del Ministerio de Educación Nacional.

La eliminación del ICCE determinó la supresión de los cargos en forma gradual, en un proceso que concluyó el 16 de enero de 1990, fecha en la cual se perfeccionó su liquidación, pero la situación de los empleados de carrera administrativa y de libre nombramiento que ocupaban los cargos suprimidos quedó regulada por el artículo 104 del Decreto 77 de 1987, que les reconoció el "... derecho de preferencia a ser incorporados en los empleos que, de acuerdo con las necesidades del servicio, se creen en las plantas de personal de las entidades que deban asumir las funciones"; en el artículo 105, *ibídem*, se explícita el derecho preferencial de los empleados de carrera administrativa y de los empleados oficiales no vinculados a la carrera,a ser incorporados a cargos equivalentes o afines; y en el articulo 106 se consagra este mismo derecho de la incorporación a los trabajadores oficiales, quienes podían ser contratados o nombrados, pudiendo optar también por la indemnización.

La misma norma en su artículo 107 se refirió a las "...entidades obligadas a incorporar a los empleados a que se refiere el presente decreto ...", obligación que se volvió permanente para el caso de los empleados del ICCE,puesto que en el artículo 13 del Decreto Reglamentario 503 del 22 de marzo de 1988 dijo que : "Las entidades de que trata el artículo 107 del Decreto de 1987, conservan en forma permanente la obligación de incorporar a los empleados oficiales hasta cuando haya culminado dicho proceso de incorporación".

Como la obligación se tornó permanente, la forma de incorporar a los empleados del liquidado ICCE fue regulada por el artículo 1 del Decreto 503 de 1988, así:

"La incorporación de los empleados a que se refieren los artículos 104 y siguientes del Decreto 77 de 1987, podrá efectuarse : a) cuando se trata de empleados públicos: mediante traslado interinstitucional (...) o incorporación propiamente dicha en los casos que no sea posible el traslado interinstitucional, o mediante contrato de trabajo si son incorporados como trabajadores oficiales".

Además, en el artículo 2o. de ese decreto, se exigió que las entidades que asumieran las funciones de las entidades suprimidas, reportarían al Departamento Administrativo del Servicio Civil las vacantes para que este organismo, junto con la comisión creada por el artículo 109 del Decreto 77 de 1987, resolvieran el problema de la incorporación de tales empleados. En el artículo 12 del mismo Decreto 503 de 1988, se indicó que: "Los cargos que se creen en las entidades territoriales para asumir las funciones que se les trasladan (...) deberán ser provistos con empleados oficiales

de las entidades reorganizadas o suprimidas". Y el Gobierno Nacional expidió las Resoluciones Ejecutivas 125 del 3 de agosto de 1988, y 148 del 24 de octubre de 1989,mediante las cuales se asignaron las cuotas a las entidades nacionales para que incorporaran a los empleados del ICCE.

A pesar de estas medidas, cuando el 1o. de enero de 1990 se liquidó el ICCE, algunos empleados públicos de carrera no hablan sido Incorporados a ninguna otra entidad, por lo que el Gerente liquidador resolvió comisionarlos por cuatro (4) meses para que prestaran sus servicios en el Ministerio de Educación Nacional, y por Decreto 61 del 4 de enero de 1990 se ordenó el pago de salarios y demás servicios personales a los funcionarios (,...) comisionados hasta por cuatro (4) meses y se reiteró el compromiso que tenían las entidades mencionadas en la Resolución Ejecutiva 148 de 1989 de incorporar a la mayor brevedad a los funcionarios comisionados del ICCE.

Pero una vez concluidas las comisiones, algunos de los empleados continuaron sin incorporación, a pesar de que seguía pendiente la obligación permanente de incorporarlos (Art.13, Decreto 503 de 1988), que en cualquier momento debería cumplirse.

Ante esta situación el Ministerio de Educación Nacional con fundamento en el Decreto 1660 de 1991, decidió invitar a los no Incorporados a participar del "Plan de retiro compensado mixto", conforme a la Resolución 14341 de 23 de diciembre de 1991; mediante la Resolución 572 del 7 de febrero de 1992 se acogió el retiro voluntario presentado por los funcionarios del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE y declaró insubsistentes, con derecho a indemnización, a los funcionarios de liquidado ICCE que no presentaron solicitud de retiro voluntario.

El valor de las indemnizaciones de estos funcionarios se de terminó con base en todo el tiempo de servicio, incluído el período transcurrido desde la liquidación del ICCE hasta la fecha del retiro indemnizado. Igualmente se considera que este mismo período debe tenerse en cuenta para efectos del pago de deudas pendientes con este personal, por salarios y otras obligaciones que a juicio de este Ministerio deben asumirse con fundamento en lo dispuesto en el artículo 81 del Decreto 1042 de 1978, así :

"La incorporación no implica solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal ... "

Sin embargo, surge la inquietud de establecer si dichos pagos tendrían que someterse al artículo 1o. del Decreto 1647 de 1967, que ordena:

Los pagos por sueldos o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales (...) serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia final".

Con el propósito de despejar cualquier duda con respecto a la viabilidad de realizar estos pagos, este Despacho se permite consultar a esa Honorable Sala si es jurídicamente procedente el reconocimiento de los salarios y prestaciones a exfuncionarios del ICCE por el tiempo transcurrido desde la liquidación del Instituto hasta el retiro indemnizado (Resol: 572192 del MEN), en aplicación del artículo 81 del Decreto 1042 de 1978, y si se puede hacer sin la observancia de lo que ordena el artículo 1o. del Decreto 1647 de 1967.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

1. **Supresión y liquidación del ICCE.** El Instituto Colombiano de Construcciones Escolares-ICCE, establecimiento publicó creado mediante el decreto-ley 2394 de 1968, fue suprimido por mandato del decreto-ley 77 de 1987 (enero 15), dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le hablan sido conferidas por el art.13 de la ley 12 de 1986. Este estatuto, auto denominado "de descentralización en beneficio de los municipios", coetáneamente creó en el Ministerio de Educación Nacional la División General de Construcciones Escolares, con las siguientes funciones :

- Elaborar los planes de construcción y dotación escolar de conformidad con la política general del Ministerio;

- Establecer las normas mínimas para el adecuado diseño de las construcciones y las dotaciones escolares; y,

- Prestar asistencia técnica a entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro, en la programación y ejecución de construcciones escolares para los distintos niveles de enseñanza, así como para la dotación, conservación y mantenimiento de las mismas.

Al disponerse la supresión del ICCE, el mismo decreto de 1987 dispuso:

En consecuencia, este Instituto entra en proceso de liquidación que se realizará en la forma que determine el Gobierno Nacional, el cual deberá concluir antes del 1o. de enero de 1990. (Art. 24,inciso 2o.).

Igualmente, el decreto ordenó que durante el período de liquidación las actividades, estructura y planta de personal del Instituto se.irían reduciendo progresivamente hasta la conclusión del proceso el 1o. de enero de 1990,fecha a partir de la cual,ya inexistente jurídicamente, "todos sus derechos y obligaciones corresponderán a la Nación".

II. Efectos laborales de la liquidación del ICCE. El decreto en referencia dispuso, de manera general, que los empleados oficiales a quienes se les suprima el cargo que desempeñan, como consecuencia de la eliminación de un organismo o dependencia o por supresión o traslado de funciones de una entidad a otra, tendrán **derecho de preferencia** a ser incorporados en los empleos que, de acuerdo con las necesidades del servicio, se creen en las plantas de personal de las entidades que deban asumir las funciones (art. 104).

Respecto del aludido derecho de preferencia, el artículo inmediatamente siguiente, señaló para los empleados vinculados a la carrera administrativa, que éstos tendrán derecho a ser incorporados a cargos equivalentes o afines, en armonía con lo dispuesto en los decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y demás normas concordantes; en cuanto a los empleados oficiales no vinculados a dicha carrera,simplemente se dijo que.."tendrán derecho a ser incorporados en cargos equivalentes ...". Por su parte, los trabajadores oficiales tenían derecho a optar, entre aceptar la nueva vinculación o percibir la indemnización que les sea aplicable de conformidad con las disposiciones pertinentes.

Al tratar la materia relacionada con las entidades obligadas a incorporar a los empleados, el decreto procedió con amplitud, disponiendo el siguiente orden: "La entidad en la cual venia prestando sus servicios si no ha sido suprimida; la entidad a la cual se trasladaron sus funciones; las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad o las funciones suprimidas; y los demás organismos de la administración publica".

Por último, el Gobierno, con el fin de reglamentar el proceso de incorporación de empleados oficiales previsto en el decreto 77 de 1987, expidió dos decretos reglamentarios, el 1024 del mismo año y el 503 de 1988. Mediante este último, las entidades encargadas de hacer la incorporación de los empleados, conservarían "en forma permanente" la obligación que les encomendaba la ley y "hasta cuando haya culminado dicho proceso de Incorporación", con lo cual se ampliaba el campo de aplicación del mandato legal reglamentado, al volver permanente una disposición que tenía origen eminentemente transitorio y para una situación concreta. Más aun por la vía reglamentaria se modificaba la disposición contenida en el art. 48 del decreto- ley 2400 de 1968, relacionada con el derecho preferencial de los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa y que, por remisión expresa del decreto-ley 77 de 1987,

era el encargado de regir en primer término la Incorporación de los empleados oficiales.

III. Las disposiciones rectoras derecho de preferencia de los empleados de carrera, a ser nombrados en puestos equivalentes. Por mandato del decreto 77 de 1987, las disposiciones rectoras del derecho de preferencia para incorporaciones por supresión de cargos, eran el decreto-ley 2400 de 1968 y el decreto reglamentario 1950 de 1973.

Prescribe el art.48 del decreto primeramente mencionado, que cuando por motivo de reorganización de una dependencia o de traslado de funciones de una entidad a otra, o por cualquier otra causa, se supriman cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, éstos tendrán derecho preferencial a ser nombrados en puestos equivalentes de la nueva planta de personal o en los existentes o que se creen en la entidad a la cual se trasladen las funciones; y que cuando en un organismo se suprima un cargo desempeñado por un empleado de carrera, y dentro de los seis (6) meses siguientes fuere creado otro con funciones iguales o similares, el empleado tendrá derecho a ser nombrado sin necesidad de presentarse a concurso, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Por su parte, el decreto 1950 de 1973, en su art.244 desarrolla los efectos de la supresión de empleos de carrera y el derecho preferencial, y para ello establece que tales efectos son :

- Cesación definitiva de funciones de la persona que lo desempeña con carácter provisional ;

- Reintegro de quien lo desempeña como encargado al cargo del cual es titular;

- Incorporación del empleado que se encuentra en período de prueba, a la lista de elegibles a que se refiere el art.206 del mismo decreto; y

- El empleado escalafonado en carrera administrativa **deberá ser nombrado sin solucion de continuidad en otro empleo de carrera que se encuentre vacante o ocupado por un empleado provisional.** de conformidad con lo previsto en el art. 48 del decreto 2400 de 1968.

Advierte el decreto que en caso de que no sea posible la designación del empleado escalafonado por no haber empleo o por no existir en las condiciones anotadas, deberá ser nombrado, dentro de los seis (6) meses siguientes, en el

primer empleo de carrera que se cree, similar al suprimido o en el que se produzca vacante definitiva.

En consecuencia, es pertinente admitir que el fenómeno de la liquidación del ICCE está íntimamente relacionado con el aspecto propiamente laboral de sus empleados, respecto del cual bastaría con afirmar que una vez terminado el proceso de liquidación,, también debería quedar en firme la liquidación del personal vinculado, como que "la supresión de un empleo público coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña", al tenor del art.28 del decreto 2400 de 1968. Pero diferente es la incorporación de los empleados escalafonados a otras entidades de la Administración en virtud del derecho de preferencia, que por mandato del decreto que suprimió el Instituto y ordenó su liquidación, quedó regulado fundamentalmente por los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y, adicionalmente, por las reglamentaciones expedidas por el Gobierno para los empleados oficiales cuyos cargos fueron suprimidos por obra del estatuto contenido en el decreto 77 de 1987.

Con todo, es lo cierto que las medidas adoptadas no resultaron lo suficientemente eficaces para hacer efectivo el derecho de preferencia. Y cuando el 1o. de enero de 1990 concluyó el término legal establecido para la liquidación del ICCE, "algunos empleados públicos de carrera - son palabras de la Ministra que formula la consulta - no hablan sido incorporados a ninguna otra entidad, por lo que el Gerente liquidador resolvió comisionarlos por cuatro (4) meses para que prestaran sus servicios en el Ministerio de Educación Nacional, y por decreto 61 del 4 de enero de 1990 se ordenó el pago de salarlos y demás servicios personales a los funcionarios (...) comisionados hasta por cuatro (4) meses, y se reiteré el compromiso que tenían las entidades mencionadas en la Resolución Ejecutiva 148 de 1989 de incorporar a la mayor brevedad a los funcionarios comisionados del ICCE".

Aún así, "una vez concluidas las comisiones, algunos de los empleados continuaron sin Incorporación, a pesar de que segura pendiente la obligación permanente de incorporarlos (art. 13, decreto 503 de 1988), que en cualquier momento debería cumplirse", según explicación del consultante.

Fue entonces cuando el Ministerio de Educación Nacional, decidió invitar a los no incorporados a participar del PLAN DE RETIRO COMPENSADO MIXTO, obrando con fundamento en el decreto 1660 de 1991 y en la resolución 14341 de 23 de diciembre del mismo año. "Mediante la resolución 572 del 7 de febrero de 1992- concluye la Ministra -se acogió el retiro voluntario presentado por los funcionarios del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares-ICCE y declaró insubsistentes, con derecho a la indemnización, a los funcionarios del liquidado ICCE que no presentaron solicitud de retiro voluntario".

IV. Acotaciones acerca del tratamiento dado por la Administración al derecho preferencial de los empleados escalafonados. Sin sujeción a las formas de incorporación establecidas por los respectivos decretos de 1968 y 1973, y concretamente para los empleados oficiales cuyos cargos fueron suprimidos como consecuencia de las reformas dispuestas por el Gobierno en 1987, por el decreto reglamentario 503 de 1988, se acudió con respecto a los expectantes empleados del ICCE, a la figura de la comisión.

La Sala recuerda, siguiendo los lineamientos señalados en el decreto 1950 de 1973, que el empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular; y que las comisiones pueden ser: de servicio, para adelantar estudios, para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción (en este caso, siempre que el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado y que se determine su duración en el acto que confiere la comisión) y para atender invitaciones de gobiernos extranjeros (arts. 75, 76 y 92, *ibídem*).

Ciertamente la ley no permitía acudir a comisiones para efectos de la reducción de planta y la incorporación de empleados a nuevos cargos, puesto que los nombramientos debían tener carácter definitivo. Empero, no seria correcto sostener, ante la contundencia de las normas que ordenan el nombramiento del empleado escalafonado sin solución de continuidad (decretos 1950 de 1973, art.244 y decreto 1042 de 1978, art.81), que hay lugar a interrupciones entre la fecha de su desvinculación y la correspondiente al nombramiento en comisión, para los efectos relacionados con el pago de salarios y prestaciones sociales.

Por lo demás, después de terminado el proceso de liquidación del ICCE - previsto por la ley para el 1o. de enero de 1990 -, tuvieron que transcurrir mas de dos años para que el Gobierno, una vez cumplidas las comisiones y sin que se encontrara una solución definitiva a las órdenes de incorporación, decidiera invocar un decreto del año de 1991, es decir, posterior a la serie de hechos cumplidos, para invitar a participar en un Plan de Retiro Compensado Mixto, primero,y luego acoger el retiro voluntario presentado por algunos funcionarios, mientras declaraba insubsistentes a los demás, lo cual hizo mediante la resolución 572 de 7 de febrero de 1992.

Llegado ese momento es cuando, según el consultante, surge la inquietud de establecer si los pagos consistentes en deudas pendientes con el personal del ICCE, por concepto de salarios y otras obligaciones, tendrían que someterse al art.1o. del decreto 1647 de 1967, que ordena :

> Los pagos por sueldos o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales (...) serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia final.

V. Conclusiones. La supresión de cargos es causal de retiro del servicio, el cual, una vez producido, confiere a los empleados escalafonados en la carrera administrativa a quienes afecta la medida adoptada por el Estado, el derecho preferencial que se prolonga durante seis (6) meses, a ser nombrados en puestos equivalentes de la nueva planta de personal o en los existentes o que se creen en la entidad a la cual se trasladan las funciones. Se trata de que, en lo posible, el empleado escalafonado que sea retirado del servicio por supresión del cargo, no pierda los derechos adquiridos en la carrera administrativa.

Así está regulado ese derecho preferencial en normas con fuerza de ley,, a las que se ha hecho mención expresa, de manera que no es jurídico pretender prorrogar si vigencia en el tiempo, mediante la expedición de disposiciones cuya naturaleza es meramente reglamentaria; éstas , no obstante, están amparadas por presunción de legalidad hasta cuando sean suspendidas o anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, más aun en tratándose de normas de contenido laboral y favorables al trabajador.

Habrá que admitir entonces que las desvinculaciones se produjeron tan solo en el momento en que, jurídicamente, la Nación- Ministerio de Educación Nacional, o sea la persona jurídica a la que por mandato del art. 27 del decreto 77 de 1987, le correspondía asumir todos los derechos y obligaciones del ICCE, una vez concluida la liquidación de este Instituto, adoptó la decisión correspondiente.

En cuanto al decreto 1647 de 1967, que dispone una sana y conveniente regulación tendiente a que el pago por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a empleados oficiales, sea por servicios rendidos y debidamente comprobados, la Sala estima que en tratándose del derecho preferencial contemplado en los decretos 2400 de 1968 (art.48), 1950 de 1973 (art. 244) y 1042 de 1978 (art. 81), los cuales determinan que no habrá solución de continuidad en el servicio con respecto al empleado escalafonado en carrera administrativa cuyo cargo sea suprimido y a quien se le haga nuevo nombramiento, se configura una excepción.

En mérito de lo expuesto, se responde que procede jurídicamente el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales a los exfuncionarios del ICCE que tenían la condición de escalafonados en carrera administrativa, por el tiempo

transcurrido desde la liquidación del Instituto hasta la fecha de su retiro compensado, dispuesto por el Gobierno Nacional en la resolución 572 de 1992.

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, Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación el 3 de enero de 1994.

SECCION

PRIMERA

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Facultades / REGIMEN DE AUTORIZACION GENERAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Las circunstancias de haberse efectuado el registro de las escrituras de las reformas estatutarias allí contempladas ante la respectiva Cámara de Comercio y de que una vez realizado este acto ellas sean oponibles a terceros, no impide que luego de recibida dicha información por parte de las sociedades sujetas a inspección y vigilancia, la Superintendencia de Sociedades pueda "...realizar las observaciones pertinentes, si a ello hubiera lugar", toda vez que debe tenerse presente que, para el ejercicio de dichas funciones de inspección y vigilancia, ni la Constitución ni la ley establecen límites temporales. La autorización general concedida por la Circular acusada no incurre en violación del artículo 266 del Código de Comercio, pues la procedencia de dicha autorización está supeditada para su aplicabilidad a que "...las reformas se adopten de acuerdo a las disposiciones legales y estatutarias y, en especial, a que regulan lo concerniente al *quórum* y convocatoria del órgano que apruebe dichas reformas...". Es decir, que si una sociedad pretende reformar sus estatutos sin el cumplimiento de dichos requisitos, la autorización no tiene operancia, y que, si a pesar de ello, procede a solemnizar tales reformas, las mismas podrán ser ineficaces, absolutamente nulas o inoponibles a los socios ausentes o disidentes, según el caso, como lo prevé el artículo 190 del Código de Comercio. Además de lo expuesto, la Sala considera que al haberse expedido la Circular acusada bajo el régimen de la nueva Constitución Política, que en su artículo 83 impone a los particulares y a las autoridades públicas ceñirse en sus actuaciones a los postulados de la buena fé, y presume de los primeros, dicho principio respecto de las gestiones que adelanten ante aquellas,

el régimen de autorización general contenido en dicha Circular da aplicación y concreta la operancia del mencionado principio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2189 Actor: JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY

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 Jorge Hernán Gil Echeverry y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de la Circular Externa 100-006 de septiembre 1°. de 1992, emanada de la Superintendencia de Sociedades con destino a los representantes legales de las sociedades vigiladas.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

Este es del siguiente tenor literal:

"Esta Superintendencia consciente de la necesidad de agilizar los trámites que ante ella adelantan las sociedades sujetas a su control, expide el siguiente Régimen de Autorización General.

"1. REFORMAS. Se entienden autorizadas, y por tanto podrán ser solemnizadas las reformas que efectúen las sociedades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de esta Entidad y que consistan exclusivamente en las siguientes materias:

" Cambio de domicilio social.
" Modificación de la denominación social.
" Ampliación del término de duración.
" Aumento de capital autorizado en las sociedades por acciones.

"Para que proceda el Régimen de Autorización General, es indispensable que las reformas se adopten de acuerdo a las disposiciones legales y estatutarias y, en especial, a las que regulan lo concerniente al *quórum* y

convocatoria del órgano que apruebe dichas reformas, de manera que la ausencia de alguno de estos requisitos conlleva la inaplicabilidad de la autorización que por la presente circular se concede.

"2. DEBER DE INFORMACION. La compañía dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la solemnización de la reforma que haya lugar, remitirá a esta Entidad copia auténtica o notarial de la escritura pública respectiva, con la constancia de su inscripción en el registro mercantil a efecto de realizar las observaciones pertinentes, si a ello hubiere lugar.

"Las demás reformas estatutarias que proyecten realizar las sociedades vigiladas continuarán sometidas a la autorización, particular que para su solemnización otorgue esta Superintendencia, en cada caso".

b. Los hechos de la demanda

En ellos se hace referencia exclusiva al carácter general y obligatorio del acto acusado, a su aplicación por el ente que lo expidió y a su publicación en el Diario Oficial (fl.3).

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que el acto acusado incurre en violación de las siguientes normas, por las razones que, expresadas en la demanda, se resumen a continuación (fls.5 a 7)

Primer cargo.- Violación del artículo 158 del Código de Comercio, pues " ... una vez registrada la reforma y remitida la constancia a la Superintendencia, ésta puede hacer observaciones referentes a la legalidad de la misma, sobre un negocio jurídico que ya es oponible y está produciendo efectos frente a terceros, precisamente por encontrarse la escritura debidamente registrada".

Segundo cargo. - Violación del artículo 159 del Código de Comercio, pues mediante lo dispuesto en la última parte del numeral 1. del acto acusado, la Superintendencia de Sociedades traslada a las Cámaras de Comercio el control de legalidad que le corresponde, ya que si éstas no pueden exigir la autorización particular. "... tendrían el deber de verificar el cumplimiento de la condición suspensiva contemplada en la circular; esto es, la circunstancia de que la reforma que se pretende registrar cumple con todas las disposiciones legales y estatutarias".

A pesar de que la autorización general concedida por la Circular acusada sirve como permiso para cualquier sociedad que se encuentre en las circunstancias allí previstas la calificación que deben efectuar las Cámaras de Comercio, asumiendo el control de legalidad, es individual y específica para cada caso. "No de otra forma, los organismos de registro podrán constatar si la pretendida reforma a inscribirse, cumple con las disposiciones generales y las especiales de cada tipo societario, así como con los propios estatutos sociales".

Tercer cargo.- Violación de los artículos 266 y 267 atribución 2ª del Código de Comercio, pues si el control que ejerce el Presidente de la República a través de la Superintendencia de Sociedades tiene por fin controlar la legalidad de la Constitución de las sociedades y su posterior funcionamiento para prevenir que se desconozcan las leyes y/o los estatutos sociales, en orden a prevenir decisiones ineficaces, nulas o inoponibles, en cuanto a reformas estatutarias se refiere, "...dicha prevención únicamente puede efectuarse mediante estudio individual y particular de cada caso: por esto el artículo 268 expresa que el permiso de funcionamiento a cada sociedad, se otorgará únicamente cuando su constitución se ajuste a las leyes".

De lo anterior se concluye "... que el permiso o autorización para solemnizar una reforma estatutaria, solamente puede otorgarse cuando el acuerdo cumpla las disposiciones legales y estatutarias, lo cual requiere un estudio particular, como que los tipos societarios difieren entre sí, y aún las sociedades del mismo tipo tienen cláusulas estatutarias diferentes" (subraya del original).

La violación del citado artículo 266 del Código de Comercio se produce, igualmente, por haberse trasladado a las Cámaras de Comercio la función de vigilancia y control que corresponde a la Superintendencia de Sociedades.

Finalmente, en el entendimiento de que dicha Superintendencia debe expedir autorizaciones individuales para las reformas estatutarias, el Consejo de Estado ha expresado que en virtud de lo dispuesto por el artículo 267, regla segunda, del Código de Comercio, "La exclusión de socios ... constituye una reforma estatutaria, así que su solemnización, en virtud de las normas precedentes, se sujeta a la autorización de la Superintendencia de Sociedades" (Sección Primera. Auto de 14 de noviembre de 1986 que decidió recurso de súplica en el proceso de Rafael V. Roa Hermanos).

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, la parte demandada expresa los argumentos que se resumen a continuación (fls.23 a 26 y 52 a 53):

En relación con el primero y segundo cargos. No se entiende cómo pueden resultar violados los artículos 158 y 159 del Código de Comercio, pues si las Cámaras de Comercio, salvo los casos expresamente señalados por la ley, no pueden realizar ningún control de legalidad, ellas no pueden negarse a registrar ninguna de las reformas que se pretenden inscribir bajo el régimen de autorizaciones generales.

Además, si aún hecho en debida forma el registro de la escritura social, el contrato es impugnable por vicios de fondo, llámese nulidad, anulabilidad o ineficacia (art. 115 del Código de Comercio), "...con mayor razón pueden impugnarse con posterioridad a su registro las reformas al contrato social, por cuanto la inscripción en el registro público de comercio no sanea el acto afectado. Razón por la cual es claro que la Superintendencia de Sociedades mantiene el control de legalidad sobre las reformas sociales, manteniendo la posibilidad de pronunciarse sobre las mismas".

En relación con el tercer cargo. A pesar de que el artículo 267, atribución segunda, dispone que corresponde a la Superintendencia de Sociedades "Autorizar la solemnización de las reformas introducidas a los estatutos sociales", debe tenerse en cuenta que esta norma "... no exige nada diferente a que la autorización sea previa a la solemnización, lo cual también se colige del artículo 159 *ibídem*, pero en forma alguna requiere el ordenamiento legal que la autorización sea impartida a través de actos particulares y concretos".

El régimen de autorizaciones generales no es otra cosa que el reconocimiento del mandato contenido en el artículo 209 de la Constitución, el cual manda que la función administrativa debe desarrollarse atendiendo los principios de eficacia, economía y celeridad, entre otros.

El carácter general de la autorización contenida en la Circular acusada no impide su particularización en cada caso concreto, pues, como se observa de su lectura " ... para su procedencia es necesario que la decisión de reforzar el contrato social, se tome observando a plenitud las normas legales de carácter imperativo así como en especial, las que regulan lo concerniente a la convocatoria y *quórum*. Lo cual quiere decir que la entidad que ejerce el control y vigilancia niega la autorización cuando el negocio jurídico que se pretende solemnizar está viciado de nulidad, anulabilidad o ineficacia".

Los argumentos expresados en el párrafo precedente sirven para poner de relieve que "...la Superintendencia de Sociedades en ningún caso se está sustrayendo a la obligación que tiene de ejercer el control de legalidad sobre algunos actos que realicen los órganos societarios, sino que, atendiendo la

disposición constitucional antes anotada, ahora lo ejercerá en forma posterior, como bien se señala en ... " el numeral 2° de la Circular demandada.

El artículo 3°. del Decreto 2155 de 30 de diciembre de 1992, mediante el cual se reestructuró la Superintendencia de Sociedades, dispone que "En virtud de lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución Política, de acuerdo con el principio de la presunción de buena fe en las actuaciones de los particulares, el Superintendente de Sociedades podrá expedir regímenes de autorizaciones generales para los trámites que deban surtirse ante la Superintendencia de Sociedades".

En virtud de lo anterior, aunado al hecho de que "...hoy en día la Superintendencia de Sociedades perdió el control de legalidad que tenía sobre la mayoría de las reformas a los estatutos sociales de las compañías vigiladas ... ", pues solo debe hacerlo respecto de las contempladas en el artículo 6°. numeral 26 del Decreto 2155 de 1992, en el alegato de conclusión se solicita "... la terminación anticipada del proceso de nulidad, por cuanto sería irrelevante una sentencia sobre un acto administrativo que si bien existe, no puede producir efecto alguno; o en su defecto, se desestimen las pretensiones del demandante por cuanto, en el artículo 3°. del Decreto 2155 citado en el párrafo cuarto de este memorial, se permiten de manera clara y precisa que las autorizaciones de la Superintendencia de Sociedades puedan darse en forma general".

e.- **La actuación surtida**

A la demanda se lo dió el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 6 de noviembre de 1992 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Circular acusada (fls. 9 a 13).

Mediante providencia de 8 de julio de 1993 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (fl.51). De este derecho solo hizo uso la parte demandada.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo, en el cual se discute la violación del artículo 158 del Código de Comercio por parte de la Circular acusada, la Sala considera que carece de vocación para prosperar, pues las circunstancias de haberse efectuado el registro de las escrituras de las reformas estatutarias allí

contempladas ante la respectiva Cámara de Comercio y de que una vez realizado este acto ellas sean oponibles a terceros, no impide que luego de recibida dicha información por parte de las sociedades sujetas a inspección y vigilancia, la Superintendencia de Sociedades pueda "... realizar las observaciones pertinentes, si a ello hubiera lugar", toda vez que debe tenerse presente que, para el ejercicio de dichas funciones de inspección y vigilancia, ni la Constitución ni la ley establecen límites temporales.

En relación con el segundo cargo, la Sala considera que tampoco ha de prosperar, pues el hecho de que el artículo 159 del Código de Comercio exija a las Cámaras de Comercio, para efectos del registro, constatar que las reformas estatutarias cuentan con la autorización de la Superintendencia de Sociedades no implica que, frente a la autorización general concedida por la Circular demandada, ellas deban verificar si "...la reforma que se pretende registrar cumple con todas las disposiciones legales y estatutarias", como lo sostiene la parte actora, toda vez que, en primer término, dicha norma legal no las autoriza para esos efectos y, en segundo lugar, la inspección y vigilancia de las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Sociedades "...con el fin de que en su formación y funcionamiento se ajusten a las leyes y decretos y de que se cumplan normalmente sus propios estatutos...", (art. 266 *ibídem*) está atribuída, exclusivamente, al Presidente de la República a través de dicha dependencia del Estado.

En relación con el tercer cargo, La Sala considera que la autorización general concedida por la Circular acusada no incurre en violación del artículo 266 del Código de Comercio, el cual atribuye al Presidente de la República por medio de la Superintendencia de Sociedades la función de inspección y vigilancia sobre cierta clase de sociedades, para los fines que se consignaron en el análisis del cargo anterior, pues la **procedencia** de dicha autorización está supeditada para su **aplicabilidad**, a que "... las reformas se adopten a las disposiciones legales y estatutarias y, en especial, que regulan lo concerniente al *quórum* y convocatoria del órgano que apruebe dichas reformas... ". Es decir, que si una sociedad pretende reforzar sus estatutos sin el cumplimiento de dichos requisitos, la autorización no tiene operancia, y que, si a pesar de ello, procede a solemnizar tales reformas, las mismas podrán ser ineficaces, absolutamente nulas o inoponibles a los socios ausentes o disidentes, según el caso, como lo prevé el artículo 190 del Código de Comercio.

Sobre la alegada violación del artículo 267 del Código de Comercio, en cuanto atribuye el Superintendente de Sociedades la función de "autorizar la solemnización de las reformas introducidas a los estatutos", la Sala considera que la Circular acusada tampoco incurre en su transgresión pues, de una parte, dicha norma no exige la obligación de conceder autorizaciones particulares o

individuales cada vez que una sociedad reforme sus estatutos, como oportunamente lo advirtió la Sala al decidir sobre la solicitud de suspensión provisional (fl.11) y, de otra, la autorización que allí se consagra no tiene por finalidad expedir su permiso de funcionamiento como erradamente lo sostiene el demandante, pues según el artículo 268 *ibídem* este permiso se expide, como requisito para "ejercer su objeto", "... cuando su constitución se ajuste a las leyes ... " (subraya la Sala), lo cual no puede predicarse frente a una reforma estatutaria.

En cuanto a la cita jurisprudencial que hace el demandante, la Sala precisa que ella corresponde el auto proferido por esta Sección el 4 de noviembre de 1986 dentro del proceso radicado bajo el No.314, Actor : Aníbal Roa Villamil, y que en él nada se expresa sobre el requerimiento de que la Superintendencia de Sociedades expida autorizaciones individuales para cada reforma estatutaria, sino que para el caso allí debatido, por constituir una reforma estatutaria, su solemnización "... se sujeta a la autorización de ..." dicha Superintendencia (Anales del Consejo de Estado. Nos. 491-492. Segundo Semestre 1986, págs. 293 a 298).

Por lo que respecta al cargo de violación del citado artículo 267 en virtud de "...haberse trasladado a las Cámaras de Comercio la función de vigilancia y control que corresponde a la Superintendencia de Sociedades", la Sala se remite a lo expuesto en el análisis del segundo cargo.

Además de lo expuesto, con fundamento en lo cual se denegarán las súplicas de la demanda, la Sala considera que al haberse expedido la Circular acusada bajo el régimen de la nueva Constitución Política, que en su artículo 83 impone a los particulares y a las autoridades públicas ceñirse en sus actuaciones a los postulados de la buena fé, y presume de los primeros dicho principio respecto de las gestiones que adelanten ante aquellas, el régimen de autorización general contenido en dicha Circular da aplicación y concreta la operancia del mencionado principio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Primero: DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo: Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero:- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al Señor Superintendente de Sociedades.

Cuarto: En firme este fallo, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.*

CESION DE INMUEBLES - Relocalización / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION MUNICIPAL - Facultades

El actor en lugar de demandar en la forma y ante la jurisdicción correspondiente a esta clase de actos, que él llama "contratos de permuta", optó por demandar el acto administrativo que supuestamente lo autoriza. Se abstiene sin embargo el peticionario de citar las funciones del Departamento Administrativo de Planeación Municipal y sus atribuciones, pues sólo así podría deducirse la extralimitación a las mismas por parte de dicha entidad mediante la resolución acusada. No obstante la variación propuesta y aprobada hace referencia a terrenos ubicados dentro de un mismo globo, no existiendo impedimento para que la administración municipal pudiera discutir con los donantes sobre la conveniencia de los terrenos cedidos según la destinación específica que a ellos les habían señalado inicialmente y, consecuencialmente, realizar el cambio pertinente. Es a este cambio a lo que el acto acusado llama "relocalización". Que la relocalización de la zona destinada para educación se haga por escritura pública es apenas obvio y lógico jurídicamente dado que se trata de bienes inmuebles.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2196. AUTORIDADES MUNICIPALES
Actor: DIEGO LEON CESPEDES SOLANO.

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 13 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto negó la pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad contra la resolución número 036 del 7 de junio de 1989, expedida por la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Tuluá. Por medio del acto demandado, se aprobó la relocalización de una zona cedida al municipio para su uso educativo.

LA ACCION

El actor de la referencia, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y no en el 85 de la misma obra como erróneamente lo dice el fallo apelado, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 036 del 7 de junio de 1989, originaria de la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Tuluá.

Manifiesta el actor que, al expedirse dicha resolución, lo que se autorizó fue un contrato de permuta entre el municipio y la sociedad Guevara Zuluaga, usurpando la Junta las funciones que están asignadas legalmente al Consejo Municipal, en el artículo 92, numeral 7 del Decreto 1333 de 1986 y en el artículo 94 de la misma disposición. Alega, igualmente, que en dicha resolución se omitió citar las disposiciones en que se apoyaba, viola así lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 49 de 1932.

Como normas violadas se indican: el numeral 7 del artículo 92, el artículo 94 y el 11, artículo 39 del Decreto 1333 de 1986; el artículo 8 del Decreto 49 de 1932 y los artículos lo. y 2o. de la Ley 09 de 1989.

El Municipio de Tuluá, a través de apoderado, se hizo presente en el proceso, tanto en la contestación de la demanda, como en los alegatos de conclusión, presencia procesal que, sea dicho de una vez, es ignorada en forma absoluta en el fallo que se apela.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) se pronunció sobre las pretensiones de la demanda, denegándolas. La decisión, fue fundamentada en las siguientes razones:

> "La citada resolución dispone la relocalización de una zona de terreno, zona ya cedida con anterioridad al Municipio por parte de la Urbanizadora.

SECCION PRIMERA

"En ningún momentos la Administración ha celebrado contrato alguno ni se trata el caso, de terrenos comunales.

"La disposición que se toma en la Resolución encauzada toca perfectamente, con la amplia facultad de la Administración Municipal para distribuir dentro de una urbanización, los terrenos que por ley le corresponden al Municipio, terrenos que en el *sub-lite* en parte fueron inicialmente destinados específicamente a recreación, salud y educación y que el ente territorial señala y ubica teniendo en cuento el interés comunitario, el desarrollo urbanístico de la ciudad, la planeación municipal, etc.

"Quiere decir, que si el ente territorial por disposición de la ley es propietario de parte de los terrenos de una urbanización, bien puede darle la ubicación necesaria y requerida. Más aún, tiene la facultad para decidir con el propietario cuáles son las áreas, su destino, su ubicación, como quiera que el urbanizador debe acogerse a lo dispuesto por la administración para el trazo de las obras y ésta fue precisamente la decisión tomada en el presente caso al determinarse que la zona para educación, en lugar de permanecer en el sitio inicialmente señalado cuando se efectuó la cesión gratuita de ley, sería ubicada en otro sitio, por motivos más que suficientes y tocantes con el bienestar de la comunidad".

Manifiesta el Tribunal que acoge el concepto del Fiscal, el que seguidamente transcribe como parte de su motivación.

Concluye el *a-quo*, que la resolución demandada, no transgrede ninguna de las normas citadas por el demandante como tales, pero no analiza ninguna de ellas en particular.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO.

El demandante en el proceso de la referencia, apeló la sentencia dictada en primera instancia. En la sustentación del recurso, afirma:

1o. La sentencia desconoce el alcance del contrato contenido en la Escritura Pública número 643 del 13 de enero de 1990 en la cual, con el rótulo de "relocalización", se quiere disimular un verdadero contrato de permuta. Todos los elementos de la permuta se reúnen en ese instrumento público. La Corte Suprema de Justicia, en Casación del 9 de septiembre y otras, ha dicho que "La calificación que las partes contratantes den al contrato que celebran, no modifica la esencia del mismo".

2o. En la sentencia se deja de ver, que para la celebración de tal contrato de permuta, el Jefe del ejecutivo municipal de Tuluá, se fundamentó en una resolución, la 036 de junio 7 de 1989, emanada de Planeación Municipal, sin que tal ente asesor tuviera facultad legal para autorizar la celebración de contratos relativos a disposición de bienes propios del municipio. Tal función está asignada, exclusivamente, a los Concejos Municipales, entidad que no fue ni siquiera consultada al respecto.

No es acertado entonces lo que afirma el Tribunal: "La disposición que se toma en la resolución encausada toca perfectamente, con la amplia facultad de la Administración Municipal para distribuír dentro de una urbanización, los terrenos que por ley le corresponden al Municipio, terrenos que en el *sub-lite* en parte fueron inicialmente destinados específicamente a recreación, salud y educación que el ente territorial señala y ubica teniendo en cuenta el interés comunitario, el desarrollo urbanístico de la ciudad, la planeación municipal, etc.". Este criterio choca frontalmente con lo que se dispone en el artículo 35 del Código de Régimen Municipal, no citado como violado en la demanda, que radica en cabeza de los Concejos, y no de otra instancia administrativa, lo relativo a la aprobación los planes y programas de desarrollo económico y social o de obras públicas.

3o. No es acertado tampoco el concepto del Agente del Ministerio Público, acogido en la sentencia, cuando afirma "No puede conllevar por tanto la relocalización a considerar este acto como un contrato de permuta, partiendo de la base simple de la intención o el querer, como antes se anotó, del ente planificador. Por tanto al no poderse equiparar la anterior transacción como (sic) un contrato, no puede indicarse vulneración de norma alguna, debido a que no era necesaria la autorización del Honorable Concejo Municipal".

El criterio del Agente del Ministerio Público es insólito. La intención de las partes tiene validez según el texto del artículo 1618 del Código Civil: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". En el presente caso, la intención de las partes era la de cambiar un lote por otro, tal como se lee en el aludido instrumento público.

4o. La Resolución número 036 del 7 de junio de 1989, al autorizar al Alcalde para el contrato de permuta, violó lo dispuesto en el numeral 7 del Artículo 92 del Decreto 1333 de 1986, pues se arrogó una facultad atribuída al Concejo. Si se leen detenidamente los hechos de la demanda, se verá que la ilegalidad de la Resolución atacada, por carencia de facultades para su expedición, es el motivo sustancial de la acción impetrada.

SECCION PRIMERA

LA SALA CONSIDERA:

Se dispone la Sala a hacer las consideraciones concernientes a la decisión a tomar, teniendo en cuenta que ninguna de las partes se hizo presente cuando, en el proceso de la segunda instancia, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. Tampoco la señora Procuradora Delegada ante esta Sección, manifestó su concepto.

Punto de partida de este análisis debe ser, indefectiblemente, la confrontación del acto demandado con las normas de estirpe superior que, según el accionante, fueron violadas con su expedición.

Son tres, según el actor, las disposiciones superiores parcialmente agredidas por dicho acto, a saber: El Decreto 1333 de 1986 en sus artículos 39, 92 numeral 7 y 94; el Decreto 49 de 1932 en su artículo 8°.; y la Ley 09 de 1989 en sus artículos 1°.y 2°..

En cuanto a la primera de las normas, el artículo 39 del Decreto 1333 de 1986, se debe decir de una vez que, a la fecha de expedición del acto demandado, ya había sido derogado dicho artículo por medio del artículo 127 de la Ley 9ª. del 11 de enero de 1989, que en su parte final reza: "Derógase el artículo 39 del Decreto-Ley -33 de 1986 (Código de Régimen Municipal) sobre la obligación de los municipios de levantar Planos Reguladores".

Sería inane entonces, en razón de lo dicho, cualquier consideración sobre la violación que se alega de la norma que ya estaba separada de la vida jurídica cuando fue expedida la resolución *sub-iuris*.

Ahora bien: con referencia a las otras disposiciones superiores señaladas como transgredidas por el actor, la Sala expone así su criterio:

Aparece a primera vista, por los documentos que resposan en el expediente, que el acto demandado es poco o nada lo que tiene que ver con la dependencia jurídica que se le atribuye respecto a los mandatos superiores que se le sindica de violar o transgredir. Y esto, porque, indudablemente, lo que el accionante está en realidad atacando es "la celebración de un contrato de permuta entre el Municipio de Tuluá, representado en ese entonces por el señor Gustavo Alvarez Gardeazábal, y la sociedad Guevara Zuluaga", representada esta última por la señora Mariela Zuluaga de Guevara". (folio 11).

Es decir, el actor, en lugar de demandar en la forma y ante la jurisdicción correspondiente a esta clase de actos, que él llama "contratos de permuta", optó por demandar el acto administrativo que supuestamente lo autoriza. Se

abstiene sin embargo el peticionario citar las funcionen del Departamento Administrativo del Planeación Municipal y sus atribuciones, pues sólo así podría deducirse la extralimitación a las mismas por parte de dicha entidad mediante la resolución acusada.

Se dedica con singular empeño, con una insistencia que no deja dudas sobre el objetivo perseguido, en demostrar que el susodicho "contrato" no cumplió con los requerimientos a que debía estar sometido, pues para su validez se requería, según las normas citadas por el nulidiscente, el otorgamiento de escritura pública con la aprobación del respectivo Concejo y en virtud de Acuerdo. Todo conduce a la conjetura de que siendo ésta la finalidad de la pretensión, bien habría podido configurarse un rechazo de la misma por inepta demanda.

Dentro de esta tónica, marcada por el mismo demandante, cuando transcribe en su libelo (fl.13) el artículo 8° del Decreto 49 de 1932, queda claro que es otro el estado en el que se debe debatir la validez de la actuación que suscrita por el Alcalde de Tuluá y por la señora Mariela de Guevara, fue protocolizada mediante la escritura número seiscientos cuarenta y tres (643) ante notario, cuyas fotocopias son visibles en el expediente a folios 1, 2, 5 y 6.

No obstante lo que se acaba de afirmar, se entiende por los considerandos, de la resolución demandada, que la variación propuesta y aprobada hace referencia a terrenos ubicados dentro de un mismo globo perteneciente a la urbanización "LUSITANIA", no existiendo impedimento para que la administración municipal pudiera discutir con los donantes sobre la conveniencia de los terrenos cedidos según la destinación específica que ellos les habían señalado inicialmente y,consecuencialmente, realizar el cambio pertinente. Es a este cambio a lo que el acto acusado llama "relocalización". Que la relocalización de la zona destinada para educación se haga por escritura pública es apenas obvio y lógico jurídicamente dado que se trata de bienes inmuebles.

Asiste por lo tanto la razón al *a-quo* cuando afirma que "Si el ente territorial por disposición de la ley es propietario de parte de los terrenos de una urbanización, bien puede darle la ubicación necesaria y requerida. Más aún, tiene la facultad para decidir con el propietario cuáles son las áreas, su destino, su ubicación, como quiera que el urbanizador debe acogerse a lo dispuesto por la administración para el trazo de las obras y ésta fue precisamente la decisión tomada en el presente caso al determinarse que la zona para educación, en lugar de permanecer en el sitio inicialmente señalado cuando se efectuó la cesión gratuita de ley, sería ubicada en otro sitio tocantes con el bienestar de por motivos más que suficiente a la comunidad".

No alcanza por lo tanto el acto demandado a ser "usurpador" de las atribuciones conferidas por ley a los Consejos, en particular la señalada en el artículo 92 numeral 7°. del Decreto 1333 de 1986. Y, menos aún, puede ser violatorio del principio consagrado en el artículo 94 del mismo Decreto en el sentido de que "La administración de los intereses del municipio está a cargo del Consejo" pues, en primer lugar, la enunciación tan genérica no puede excluir la actividad que a favor del ente municipal puedan desarrollar las entidades creadas con fines específicos en el desenvolvimiento de los planes y programas que propendan al progreso económico, social y de obras públicas y, en segundo lugar, está visto que la iniciativa en la administración de los intereses del municipio es respaldada por el acto demandado cuando, en el literal A de los considerandos, reza: "que en cumplimiento de la disposiciones establecidas por el Consejo Municipal,...".

Sin que consten en el expediente, como ya se hizo notar, las funciones o atribuciones de la "Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal", ya que no fueron aportadas ni por el demandante ni por quienes defienden la legalidad del acto sometido a juicio, se debe hacer resaltar que lo que en éste se resuelve es "Aprobar la relocalización de la zona destinada a Educación, de conformidad con el replanteamiento urbano presentado por la sociedad "GUEVARA ZULUAGA". Podría ser que entre las funciones de ese Departamento Administrativo, pues alguna función habrá de tener dada su aparente existencia jurídica, esté la de aprobar esa clase de planos sin que ello constituya óbice para que el Concejo haga lo suyo, esto es, la autorización al Alcalde para la celebración de los contratos, la negociación de los contratos, la enajenación de los bienes municipales y el ejercicio de las demás funciones a él asignadas, en el artículo 92, numeral 7°. del Decreto que se acaba de citar. No hay entonces suplantación ni usurpación ya que fácilmente se distinguen dos conductas perfectamente alinderadas en sus propias manifestaciones administrativas, según los datos que proporciona el expediente" Una de ellas es la "aprobación" de unos planos, hecha por la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal a través de una resolución. Otra es la "autorización" para la celebración de contratos y demás, hecha por el Concejo Municipal a través de un Acuerdo.

El gran tesón puesto por el accionante en pedir que se examine el alcance del contrato contenido en la escritura pública número 643 de marzo 13 de 1990, empeño en el que vuelve con mayor firmeza en el memorias de apelación (fls. 90 y ss. cuaderno principal), lleva a esta Sala a la definitiva deducción de que con la acción que se examina, sólo se pretende un efecto de reflejo, aspirándose a que con la declaratoria de nulidad de un acto cuya ilegalidad no se pudo demostrar, se deje sin efectos otro acto jurídico cuyo control no corresponde a esta sede administrativa.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, sin haber tenido el concepto de la señora delegada del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, , Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

En ejercicio del poder reglamentario el Presidente de la República podía y puede válidamente desarrollar las normas legales sobre servicios públicos en general anteriores a la Constitución y que conserven su vigencia por no ser contrarias, a esta última, pero no podía pretender reglamentar la modalidad específica de los servicios públicos domiciliarios mientras no exista la ley que desarrolle las previsiones constitucionales y contenga el régimen legal correspondiente. Pretender hacerlo equivaldría a pretender reglamentar directamente la constitución en una materia cuyo desarrollo constitucional corresponde claramente a la ley, lo cual sería evidentemente inconstitucional. El Decreto Reglamentario 1967 de 1992 demandado, no podía pretender reglamentar aspectos específicos propios de los servicios públicos domiciliarios, sino solamente las normas legales vigentes sobre la conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas municipales. En ese mismo orden de ideas considera la Sala que son inconstitucionales las normas del decreto acusado que pretenden desarrollar aspectos de los servicio públicos domiciliarios, por violación del artículo 369 de la Carta, que es uno de los citados por la demandante ya que este reserva su desarrollo directo a la ley y solo con fundamento en esa ley o leyes especiales podrá ejerce el poder reglamentario. DECLARA LA NULIDAD de las siguientes disposiciones del Decreto 1967 de 7 de diciembre de 1992: a) De la expresión "...y conforme a las disposiciones del artículo 369 de la Constitución Política..." y del adjetivo "..domiciliarios.." contenido en el literal a) del artículo

8°.; del artículo 11 en su integridad; del adjetivo "domiciliarios", contenido en artículo 16, expedido por el Gobierno Nacional.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES / JUNTA DIRECTIVA - Integración / POTESTAD REGLAMENTARIA / USUARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

El artículo, 11 del acto acusado desborda a simple vista la potestad reglamentaria del Presidente de la República, e incurre también en evidente violación del art. 161 del Código de Régimen Municipal, pues en tanto esta norma autoriza a los particulares para ser miembros de hasta dos juntas o consejos directivos, aquella prohíbe tal participación en más de una junta o consejo directivo, y no existiendo razones que pudieran modificar esa conclusión, en la parte resolutiva de este fallo se procederá a declarar su nulidad. DECLARA LA NULIDAD de las siguientes disposiciones del Decreto 1967 de 7 de diciembre de 1992: a) De la expresión "...y conforme a las disposiciones del art. 369 de la Constitución Política..." y del adjetivo "...domiciliarios...", contenidos en el art. 1°.; b) Del adjetivo "domiciliarios", contenido en el literal a) del art. 8°.; c) Del art. 11 de su integridad; d) Del adjetivo "domiciliarios", contenido en el art. 15., expedidos por el Gobierno Nacional

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2311. Actor: MARIA TERESA GARCES LLOREDA

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por la ciudadana María Teresa Garcés Lloreda en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de los artículos 1 a 19 del Decreto 1967 de 7 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se reglamenta el Título IX del Código de Régimen Municipal en lo relacionado con la conformación de Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de servicios públicos locales".

SECCION PRIMERA

I.- ANTECEDENTES:

a.- **Los actos acusados**:

Son los citados artículos 1 a 19 del Decreto 1967 de 1992, los cuales tratan sobre los siguientes aspectos: determinación de las entidades descentralizadas en cuyas juntas o consejos directivos tienen derecho a participar los usuarios de los servicios públicos domiciliarios (art. 1°.); concepto del término "usuario" (art. 2°.); determinación de las asociaciones a través de las cuales participan los usuarios y condiciones para ello (art. 3°.); número de delegados que pueden elegir las asociaciones y requisitos para participar en la elección de representantes (art. 4°.); causales por las cuales las alcaldías pueden rechazar las solicitudes que no cumplan con los requisitos (art. 5°.); autoridades que pueden convocar a los delegados para que se instalen en Asamblea de usuarios (art. 6°.); elección de presidente, secretario y escrutadores de la Asamblea de Usuarios (art. 7°.); procedimiento previo a la elección de representantes en las entidades descentralizada (art. 8°.); mecanismo de listas para la elección de candidatos a las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas (art. 9°.); sistemas a aplicar para la elección y concepto de "mayoría" (art. 10); prohibición de ser representante de los usuarios en más de una junta o consejo directivo (art. 11); funcionarios ante quienes toman posesión los delegados elegidos y juramento (art. 12); funcionarios que pueden autenticar el acta y designación del alcalde para notificar a las entidades el nombre de los usuarios elegidos (art. 13); designación de las Promotorías para el Desarrollo Comunitario, de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad del Ministerio de Gobierno, para informar e instruir a los elegidos sobre las normas precedentes (art 14); facultad a las organizaciones sociales para recepcionar las quejas de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y transmitirlas a los representantes escogidos ante las Juntas o Consejos Directivos (art. 15); número de integrantes de las Juntas o Consejos Directivos (art, 16), período de los delegados escogidos por las organizaciones sociales para la Asamblea de usuarios y el de los representantes escogidos por ésta (art. 17); sistema para suplir las faltas absolutas de los representantes de los Usuarios (art. 18); fecha a partir de la cual se hará la primera elección de representantes de los usuarios (art. 19).

b.- **Los hecho de la demanda:**

En el acápite correspondiente (fls. 6 a 9), la actora hace una reseña histórica de las disposiciones de orden legal y reglamentario que, a partir de la Ley 11 de 1986, han regulado la participación de los usuarios en las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales encargadas de la prestación directa de los servicios municipales,

haciendo hincapié en que mediante sentencias preferidas por esta Corporación en fechas 15 de agosto y 8 de noviembre de 1989 se declaró la nulidad de los articulo 7°, 8°, 9°, 10°, 11, 12, 14, (parcial) y 28 del decreto 700 de 1987.

c.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación** la actora fundamenta sus pretensiones anulatorias que los actos acusados incurren en violación de los artículos 103-3, 113, 150-23, 152 literal d), 189-11 y 369 de la Constitución Política, y de los artículo 157 y 161 inciso primero del Código de Régimen Municipal, por las razones que, expresadas en su demanda y en el alegato de conclusión, se resumen de la siguiente manera.

El artículo 369 de la Constitución Política defiere al legislador la competencia para determinar los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos domiciliarios. Debido a ello no se puede pretender, como lo hizo el Gobierno mediante el acto acusado, que dicha materia ya estaba regulada por la ley, pues siendo el Código de Régimen Municipal anterior a la Constitución, ninguna de sus normas se refieren a tales derechos y deberes, así como tampoco definen ni establecen los procedimientos para la elección de sus representantes en las juntas o consejos directivos de las empresas estatales que presten los servicios.

De otra parte, el artículo 152 de la Carta Política establece que es de competencia del Congreso regular, mediante leyes estatutarias, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana, tanto política como en relación con la gestión pública, como muy bien lo entendió el Ponente del Proyecto de Ley No. 92, "por la cual se dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana", al haber introducido a dicho proyecto el Título referente a la participación democrática de las organizaciones no gubernamentales. A lo anterior se añade el principio de cláusula general de competencia del legislador, según el cual lo que él no puede hacer son solamente aquellas actuaciones que le prohíbe el artículo 136 de la Constitución.

Si bien el inciso tercero del artículo 103 de la Carta consagra la obligación para el Estado de contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales para que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública, "... ello no quiere decir que todos los mecanismos de participación, control y vigilancia de la gestión pública deben incluir a todas estas asociaciones no gubernamentales". Además, no es muy claro que las asociaciones gremiales o profesionales cuyo objeto lo

constituyen intereses específicos diferentes, sean canales idóneos para interpretar la expresión de la voluntad de los usuarios.

En cuanto a cada una de las normas cuya declaratoria de nulidad se solicita, la actora considera lo siguiente:

Artículo 1°.- A pesar de que esta norma reitera el reconocimiento que el artículo 369 de la Constitución hace del derecho de los usuarios a participar en la gestión de las empresas estatales que prestan servicios públicos, el mismo restringe dicho texto constitucional, al calificar las empresas municipales en las que los usuarios pueden participar como aquellas encargadas de prestar en forma directa los servicios públicos domiciliarios.

En la exposición de motivos del Decreto parcialmente acusado, que obra en el expediente, "... se parte de la consideración equívoca de que los servicios públicos son los domiciliarios a cargo del Municipio, cuando el artículo en mención (art. 369 Constitución Política) se refiere a los servicios públicos domiciliarios solo para determinar que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de éstos a particulares. Pero la norma concerniente a la participación de los usuarios, o sea, el artículo 369, se refiere a los servicios públicos en general" (paréntesis de la Sala).

Artículo 2°.- No se objeta la definición de "usuario", pues ella se ajusta al artículo 365 de la Constitución.

Artículo 3o.- A pesar de la disposición anterior, en esta norma se establece que la participación se hará a través de las asociaciones no gubernamentales incluidas en el artículo 103 de la Carta, a las cuales, excediendo el texto constitucional, añade las asociaciones de comerciantes e industriales.

Artículos 4o. a 10.- No se formulan objeciones de carácter jurídico, pues la actora limita su actividad a hacer simple referencia a su contenido.

Artículos 12 a 15.- A pesar del contenido de estas disposiciones, "... no es claro el mecanismo para que todas las asociaciones no gubernamentales, sin importar su objeto específico, representen a cabalidad a los usuarios".

> "El sistema introducido por este decreto es por decir lo menos inequitativo, ya que coloca en pie de igualdad a una entidad que agrupe diez o menos personas y otra que agrupe un millón, cinco millones, o más".

"Además, no distingue la naturaleza jurídica de las organizaciones sociales: coloca en pie de igualdad una Fundación para proteger niños o ancianos o para

promover el arte o el teatro, una asociación de profesionales, un sindicato y una junta de acción comunal o una liga de usuarios".

"En el fondo, este sistema adolece de una gran improvisación y de aplicarse, su resultado podría ser un tremendo atentado contra los principios de participación democrática, consagrados a profusión en la Constitución de 1991: en el Preámbulo, en los artículos 1°. y 2°. y en los mencionados en este escrito".

"Además, cuando (sic) el Gobierno usurpó funciones que corresponden al legislador, desconoció también el artículo 113 de la Constitución, que estatuye la separación de funciones entre los órganos del estado y en el caso que nos ocupa, entre dos ramas del poder público; y el artículo 150 de la Constitución que determina como función del Congreso que ejerce a través de las leyes, la de regular la prestación de los servicios públicos, (numeral 23)".

A pesar de que se considerase que el Código de Régimen Municipal constituye base legal suficiente para que el Gobierno desarrollase su potestad reglamentaria, el acto acusado la excede, pues mientras que el artículo 157 del Decreto 1333 de 1986 señala que las entidades cívicas o de usuarios del servicio tendrán una representación igual a la tercera parte de sus miembros de las mencionadas juntas o consejos directivos, el acto acusado "... extiende el derecho de representación a todo tipo de asociaciones no gubernamentales".

Por último, mientras que el Código de Régimen Municipal prohibe a los particulares ser miembros en 2 o más entes o consejos directivos de establecimientos descentralizados, el artículo 11 del acto acusado, limita dicha participación "...a una junta o consejo directivo, con claro exceso del texto que pretende reglamentar".

d.- **Las razones de la defensa:**

A pesar de haber sido debidamente notificada del auto admisorio de la demanda, la Nación- Ministerio de Gobierno no se hizo parte en el proceso.

e.- **La actuación surtida:**

A la demanda se le dió el trámite previsto en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 2 de abril de 1993 se admitió la demanda, se dispuso darle el trámite de rigor y se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 11 del Decreto 1967 de 7 de diciembre de 1992 (fls. 44 a 51).

SECCION PRIMERA

Mediante providencia de 30 de junio de 1993 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte actora y la señora Procuradora Primera Delegada ante la Corporación (fls. 75, 76 a 83, 84 a 87).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público, después de hacer referencia a varias de las disposiciones superiores citados por la parte actora en su demanda, considera que las normas del Decreto 1333 de 1986 relativas a la participación ciudadana en las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales encargadas de la prestación directa de los servicios municipales, "están en absoluta consonancia con las normas constitucionales al respecto..." de lo cual resulta que "... el estatuto legal nombrado está vigente y es por tanto reglamentable por el ejecutivo..." como efectivamente lo fue mediante el decreto parcialmente acusado, cumpliendo de esta manera con lo dispuesto por el artículo 189-11 de la carta política.

"Reza agregar, como comentario adicional, que el legislador se ocupe de las minucias que tratan los artículos demandados, en su mayoría, el *modus operandi* de la institución legal, no cabe duda es materia de reglamento".

Por ultimo considera que, "...a excepción del artículo 11 del decreto acusado, que sí incurre en violación del artículo 161 del Código de Régimen Municipal, como lo advirtió la sala al resolver sobre la suspensión provisional y procede por ellos anulación las demás peticiones de la demanda no estén llamadas a prosperar".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para resolver los cargos planteados en la demanda la Sala considera necesario precisar que la constitución política de 1991, en cuya vigencia se expidió el decreto acusado, se refirió de dos maneras diferentes al régimen jurídicos de los servicios públicos.

De una parte en el articulo 365, después de afirmar que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber del mismo Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional expresa que "los servicios públicos estarán sometidos al régimen que fije la ley...". Se consagra allí, entonces, el gran principio regulador de los servicios públicos en general, consistente en que su régimen jurídico es competencia de la ley, sometida solamente a algunos principios constitucionales

como los previstos en esa misma norma en el sentido de que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, así como que el Estado podrá reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, con algunas condiciones que incluyen el deber de indemnizar previa y plenamente a las personas que queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

De otra parte, virtud de una preocupación especial que se refleja claramente en los artículos 367 a 370, la constitución fue más explícita en relación con los llamados servicios públicos domiciliarios, pues si bien en relación con ellos también establece que su régimen será fijado por la ley, les señala una serie de parámetros que, lógicamente, deberán respetarse por las leyes que regulen esta clase específica, de servicios.

A su vez, la Ley 11 de 1986, incorporada al Decreto-Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal- Título IX), dentro del régimen de las entidades descentralizadas municipales incluyó algunas normas sobre participación de entidades cívicas y de usuarios en las juntas o consejos directivos de dichas entidades encargadas de la prestación directa de servicios municipales. Estas normas legales fueron reglamentadas inicialmente por el Decreto 3446 de 1986 y posteriormente por el Decreto 700 de 1987, algunas de cuyas normas fueron anuladas por esta Corporación mediante las sentencias citadas en los hechos de la demanda.

Frente a lo anterior, la Sala constata que el decreto demandado (1967 del 7 de diciembre de 1992.), tiene por finalidad reglamentar "el Título IX del Código de Régimen Municipal en lo relacionado con la conformación de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden responsables de los servicios públicos locales", según lo expresa el encabezamiento del mismo decreto. Además, dos de sus tres considerados se refieren expresamente a la declaratoria de nulidad de algunas normas del Decreto 700 de 1987 por parte del Consejo de Estado.

En esas circunstancias, para la Sala no hay duda de que el decreto demandado constituye fundamentalmente una reglamentación de algunas normas legales referentes a las entidades descentralizadas municipales, existentes desde antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, que si bien tiene que ver con la prestación de servicios públicos a ese nivel administrativo y que conserva su vigencia en cuanto no contraríen las normas constitucionales, su relación con los servicios públicos debe entenderse respecto del régimen general de dichos servicios, pero de ninguna manera respecto de la modalidad específica de los servicios públicos domiciliarios, que por tratarse de

una novedosamente prevista y regulada en la nueva constitución requiere la expedición de una ley especial que no ha sido expedida ni mucho menos existía al momento de expedirse el decreto demandado.

Lo anterior quiere decir que en ejercicio del poder reglamentario el Presidente de la República podía y puede válidamente desarrollar las normas legales sobre servicios públicos en general anteriores a la Constitución y que conserven su vigencia por no ser contrarias a esta última pero no podía pretender reglamentar la modalidad especificada los servicios domiciliarios mientras no exista la ley que desarrolle las previsiones constitucionales y contenga el régimen legal correspondiente. Pretender hacerlo equivaldría a pretender reglamentar directamente la Constitución en una materia cuyo desarrollo constitucional corresponde claramente a la ley lo cual sería evidentemente inconstitucional.

La aplicación de los razonamientos anteriores al caso específico controvertido implica que el Decreto Reglamentario 1967 de 1992 no podría pretender reglamentar aspectos específicos propios de los servicios públicos domiciliarios, sino solamente las normas legales vigentes sobre la conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas municipales.

En ese mismo orden de ideas considera la Sala que son inconstitucionales las normas del decreto acusado que pretendan desarrollar aspectos de los servicios públicos domiciliarios, por violación del articulo 369 de la Carta que es uno de los citados por la demandante, ya que este reserva su desarrollo directo a la ley y solo con fundamento en esa ley o leyes especiales podrá ejercerse el poder reglamentario.

De acuerdo con lo anterior no son válidos para la Sala los argumentos de la demanda que pretenden obtener la nulidad total de los artículos demandados, sino que dicha nulidad solo podrá predicarse en relación con normas específicas, de acuerdo con el análisis que se hará a continuación, y de acuerdo con los cargos y concepto de velación planteados por la actora respecto de cada uno de los artículos que son objeto de la demanda.

Así, en relación con el artículo 1°. la Sala considera que es inconstitucional la expresión "...y conforme a las disposiciones del artículo 369 de la Constitución Política..." y el adjetivo "...domiciliarios..." contenidos en su texto, por cuanto pretenden reglamentar aspectos de los servicios públicos domiciliarios, cuyo régimen jurídico de categoría legal aún no ha sido expedido. En efecto, si bien es cierto que el artículo 369 se refiere en su primera parte a "...el servicio", no lo es menos que de la lectura íntegra de su texto y de los artículos 367, 368 y 370 *ibídem*, se concluye fácilmente que la citada parte del artículo 369 también se refiere concretamente a la modalidad de servicios públicos domiciliarios, que

aún no ha sido objeto de desarrollo legal y que, por lo tanto, no puede ser objeto del ejercicio del poder reglamentario.

A su vez, si la norma acusada es reglamentaria del Título IX del Código de Régimen Municipal, como quedó establecido, no podía restringir la participación de las entidades cívicas y de los usuarios en las juntas o consejos directivos de las entidades cívicas y de los usuarios en las juntas consejos directivos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos municipales, sean estos domiciliarios o no.

En relación con el artículo 2° no hay lugar a pronunciamiento alguno por cuanto expresamente la actora, en su concepto de violación, no lo objeta por considerarlo ajustado a la Constitución.

Respecto del artículo 3°., la Sala no comparte el argumento de la demanda en el sentido de que se viola el artículo 103 de la Constitución por el hecho de incluir a las asociaciones no gubernamentales y añadir comerciantes e industriales como partícipes en las juntas o consejos directivos por cuanto para la sala no es suficiente como fundamento de ilegalidad el argumento de la actora consistente en que "no es muy claro que las asociaciones gremiales o profesionales cuyo objeto lo constituyen intereses específicos diferentes, sean canales idóneos para interpretar la expresión de la voluntad de los usuarios".

En lo que tiene que ver con los artículos 4° a 10, no hay lugar a pronunciamiento general sobre ellos por cuanto la actora se limita a hacer referencia a su contenido, sin presentar argumentos específicos, como aparece claramente a la página 14 (fl. 28) de la demanda. No obstante, de acuerdo con el análisis inicial de la demanda y la acusación genérica planteada por la actora es procedente la declaratoria de nulidad del adjetivo "domiciliarios", contenido en el literal a) del artículo 8°..

Respecto del artículo 11, que la demandante considera violatorio de los artículos 189-11 de la Constitución y 161 del Código de Régimen Municipal, la Sala encuentra que, como se plantea en la demanda y lo consideró la Sala en el auto admisorio, para con base en ello decretar su suspensión provisional, "... el artículo 11 del acto acusado desborda a simple vista la potestad reglamentaria del Presidente de la República, e incurre también en evidente violación del artículo 161 del Código de Régimen Municipal pues en tanto esta norma autoriza a los particulares para ser miembros de hasta dos juntas o consejos directivos, aquella prohíbe tal participación..." en más de una junta o consejo directivo, y no existiendo razones que pudieran modificar esa conclusión, en la parte resolutiva de este fallo se procederá a declarar su nulidad.

SECCION PRIMERA

En relación con los artículos 12 a 15, la demanda se refiere a algunos aspectos de conveniencia, falta de claridad y de inequidad que no son objeto del análisis de legalidad que corresponde al juez administrativo. Además, plantea la posible violación del preámbulo y de los artículos 1°., 2°., 103, 113, 150-23, 152 y 369 de la Constitución por presunta usurpación de funciones legislativas por parte del Gobierno y por atentar contra los principios de participación democrática. Sin embargo, la Sala considera que de acuerdo Con los análisis iniciales de estas consideraciones estos cargos no pueden prosperar por cuanto el Gobierno hizo uso del poder reglamentario de unas normas legales que, aunque anteriores a la Constitución, su vigencia no ha sido objeto de cuestionamiento en este proceso, con excepción del adjetivo "domiciliarios" contenido en el artículo 15.

Además, agrega la actora que aún si se considera que estas normas reglamentarias encuentran asidero legal suficiente en el Decreto Ley 1333 de 1986, ellas violarían el artículo 157 de este último estatuto,en cuanto señala que las entidades cívicas o de usuarios tendrán una representación en las juntas o consejos directivos, mientras que el Decreto 1967 extiende el derecho de representación a todo tipo de asociaciones no gubernamentales. Sobre este aspecto, la Sala no encuentra tampoco que el cargo pueda prosperar por cuanto la actora no precisa las razones por las cuales las diferentes organizaciones que pueden tener representación en las juntas o consejos directivos no responden a la categoría de **entidades cívicas y de usuarios** a que se refiere norma legal reglamentada y presuntamente violada y se limita, como ya se indicó, a expresar que "no es muy claro" que dichas organizaciones sean canales idóneas para interpretar la voluntad de los usuarios.

Finalmente, en relación con los artículos 16 a 19 del decreto acusado, la Sala encuentra que a pesar de haber sido expresamente demandados la actora no incluye ningún concepto de violación específico respecto de ellos, por lo cual solo estarían controvertidos por los argumentos generales planteados en la demanda y que fueron analizados al comienzo de estas consideraciones, sin que de allí resulte afectada la legalidad o inconstitucionalidad de los mismos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLLA:

Primero.- DECLARASE la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 1967 de 7 de diciembre de 1992:

a) De la expresión "... y conforme a las disposiciones del artículo 369, de la Constitución Política ..." y del adjetivo "... domiciliarios...", contenidos en el artículo 1°.

b) Del adjetivo "domiciliarios", contenido en el literal a) del artículo 8°.

c) Del artículo 11 en su integridad.

d) Del adjetivo "domiciliarios", contenido en el artículo 15.

Segundo. - DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto.- En firme este fallo, archívese el expediente.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Sarrano.*

SERVICIO DE ADAPTACION - Gastos / SENA / LEY DE MODIFICACION - Afectación

El inciso 2° del art. 11 demandado que "En subsidio" traslada al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- todos los gastos que generan las actividades del Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público, riñe con claros principios de la Hacienda Pública, específicamente con previsiones contenidas en los artículos 150-11, 345, 346 y 347 de la Carta, como quiera que así se altera o afecta el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones expedido por el Congreso Nacional en lo concerniente a los gastos de funcionamiento del SENA para el ejercicio fiscal de 1993, sin que los gastos que se ordena atender, originados en la supresión de empleos o cargos en las otras entidades estatales fusionados, reestructuradas o suprimidas, tengan relación alguna con los objetivos que le señale la ley y que la gobierna. DECLARA LA NULIDAD del art. 11 de Decreto 2151 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

SERVICIO DE ADAPTACION LABORAL EN EL SECTOR PUBLICO

Si el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones a el conferidas por el artículo transitorio 20 de la Carta Política podía establecer, como mecanismo de compensación para los servidores públicos a quienes se les suprimiera el cargo como consecuencia de la supresión, fusión o restructuración de los organismos y entidades de la rama ejecutiva nacional, un régimen de indemnizaciones y bonificaciones, como en efecto lo hizo en cada uno de los decretos que dictó en ejercicio de las mencionadas

facultades, resulta igualmente claro, lógico y jurídicamente viable el que haya adoptado de manera general para quienes se hallasen en tal circunstancia de cesación en el ejercicio de un cargo por supresión de éste, la sana medida de diseñar un instrumento -el Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público- para atender el objeto previsto en el art. 1°. del Decreto 2151 de 1992 y las funciones señaladas en otra de sus disposiciones. DECLARA LA NULIDAD del Art. 11 del Decreto 2151 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D. C. , primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia : Expediente No. 2384 Acción de nulidad contra el Decreto No. 2151 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Actor:MARTHA CECILIA MENA MORENO

La ciudadana **MARTHA CECILIA MENA MORENO**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. , ha ocurrido ante esta Corporación para solicitar la nulidad de los artículos 1 al 13 del Decreto 2151 de 30 de diciembre de 1992, por el cual se crea el Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA PRETENSION:

La demandante formula tres cargos en contra de las normas demandadas, los cuales pueden sintetizarse así:

Primer cargo.- El Gobierno Nacional, entre las facultades que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Política no tenía atribución para crear el Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público, y, al hacerlo, está violando totalmente los siguientes artículos de la Carta: 1°., 2°., 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 67, 70, 93, 103, 113, del 122 al 131, 150, 7, 11, 12, 19, literales a y f-, 198-13, 14, 15, 16, 20, 21, 23, 209, 333, 334, 338, 345, 347, 355, transitorio 20 y el preámbulo, puesto que con su inobservancia niega el derecho que todo ciudadano colombiano tiene al trabajo y a la estabilidad en él.

La competencia para crear, suprimir, fusionar empleos en el sector público de acuerdo con el artículo 189-14 de la Constitución, le corresponde al Presidente

de la República, facultad claramente limitada por la ley. El Gobierno Nacional al expedir el Decreto 2151 de 1992 alteró toda la Función Pública, creando condiciones nuevas en los servidores públicos; delegando en la Secretaría Técnica de la Institución creada la prestación de los servicios de empleo; trasladando la planta de personal; retirando o desvinculando funcionarios con el pago indemnizaciones; negando el derecho a la contratación colectiva de los trabajadores oficiales, consagrada en el artículo 55 citado, y, de igual manera, negando los derechos adquiridos por los funcionarios públicos, la carrera administrativa y el régimen salarial y prestacional, consagrados en los artículos 53 y 58, 125 y 150-19, literales a) y f) de la Carta Política.

Segundo cargo.- El artículo 13 del Decreto 2151 de 1992 es nulo porque aumentó en forma arbitraria en seis meses las facultades que le fueron conferidas al Gobierno para modernizar el Estado. El artículo transitorio 20 sólo le daba 18 meses.

Tercer cargo.- El artículo 11 y el parágrafo del artículo 6°. del Decreto 2151 de 1992, violan los artículos 122, 338, 345, 347, 150-11 y 12- y 189-14 y 20- de la Carta Política, por cuanto el artículo transitorio 20 no faculta al Gobierno Nacional para hacer gastos a cargo del tesoro público ni para que las entidades sometidas al Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público sufraguen los gastos que se requieran y menos aún que el SENA los atienda.

Las normas aquí acusadas desconocen los fines esenciales del Estado Social de Derecho al no tener en cuenta el servicio a la comunidad, según los artículos 1°. y 2°. de la Carta, los que se logran interviniendo el Estado en la dirección general de la economía, como lo prevé el artículo 334 *ibídem*, para proteger a las personas de menores ingresos a fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos.

Igualmente, el parágrafo demandado transgrede el artículo 150 en sus numerales 9, 11, 14 y 21 de la Carta, ya que es el Congreso quien puede conceder autorizaciones al Gobierno para negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

La Nación, a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al contestar la demanda se opone a su súplica, con argumentos que reitera en su alegato de conclusión, los cuales se resumen enseguida:

En relación con el **primer cargo**, sostiene que los artículos acusados por tomar medidas de carácter laboral son apenas un corolario de la fusión,

reestructuración y supresión de las entidades públicas. Es importante tener en cuenta que las normas expedidas por el Gobierno en materia laboral tienen fuerza de ley y podían modificar las normas laborales existentes por ser de su mismo rango.

No es lógicamente posible que en el caso de que se suprima una entidad, se deje vigente su planta de cargos, o que si se fusiona o reestructura una institución no se afecte con ello de ninguna manera la composición del personal que la conforma.

Era imposible que en las convenciones colectivas pactadas entre entidades públicas y sus trabajadores oficiales se hubiera previsto como causal de terminación del contrato la supresión, fusión o reestructuración de la entidad, ya que esta forma de terminación obedeció a una situación excepcional, creada por el artículo transitorio 20 de la Carta Política.

Aunque no existe un concepto de violación en la demanda, es inexplicable que se afirme en ella que un decreto que pretende prestar apoyo a los trabajadores cesantes, viole el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral.

En relación con el **segundo cargo**, afirma la demandada que el término de seis meses a que alude el artículo acusado no tiene implicación alguna con el hecho de reestructurar, fusionar o suprimir entidades, para lo cual se señaló el de 18 meses, porque aquél está dirigido a determinar el tiempo que deba durar la acción asistencias del Estado a favor de los trabajadores que queden cesantes.

En cuanto al **tercer caso** afirma la apoderada de la Nación que teniendo en cuenta la prioridad que la Carta confiere al gasto social, era necesario hacer previsiones como las contenidas en los artículos acusados en esta censura.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación que gracias al principio de la interpretación restrictiva que ha de darse a las normas que habilitan al ejecutivo como legislador extraordinario, el Gobierno sólo podía, en acatamiento del mandato contenido en el artículo 20 transitorio, suprimir, fusionar o reestructurar los organismos del Estado. Y siendo así, no tenía competencia para crear una institución como la diseñada en el Decreto 2151 de 1992, el cual resulta anulable por haber excedido el Gobierno los justos límites trazados en la norma transitoria invocada como fundamento para su expedición.

SECCION PRIMERA

LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Procede la Sala al exámen de los cargos en el mismo orden en que han sido formulados por la demandante.

Primer cargo.- Se funda en que el Gobierno Nacional no tenía competencia para crear el Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público porque el artículo transitorio 20 de la Carta que invoca para tal efecto no se la otorgaba.

Ciertamente, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 2151 de 30 de diciembre de 1992, invocando para ello el artículo transitorio 20 de la Constitución.

Dicho Decreto, en su artículo 1°. dispone:

> "Del Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público. -Con el objeto de procurar que los servidores públicos a quienes se les suprima el cargo como consecuencia del ejercicio de las atribuciones previstas en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, tengan mayores posibilidades de acceder al mercado laboral o de emprender por cuenta propia actividades lucrativas, las entidades a las cuales se aplicarán las medidas previstas en dicho artículo, contribuirán a desarrollar un Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público, con la colaboración de las demás entidades de la Administración Pública Nacional".

Este texto permite dilucidar que lo que el Gobierno ejercía en este caso era propiamente una atribución de las que le otorgaba aquella norma constitucional, pues, pensando en el efecto consistente en la supresión del cargo a servidores públicos como consecuencia de la supresión, fusión o reestructuración de los organismos de la rama ejecutiva y de los entes descentralizados del orden nacional, las que se operarían con ocasión del ejercicio de las referidas facultades estimó aquél pertinente, en aras seguramente de contribuir a menguar el impacto social que dichas medidas traerían consigo, crear "un Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público", por lo que la invocación de aquella norma superior resulta pertinente.

Si el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones a él conferidas por el artículo transitorio 20 de la Carta Política, podía establecer, como

mecanismo de compensación para los servidores públicos a quienes se les suprimiera el cargo como consecuencia de la supresión, fusión o reestructuración de los organismos y entidades de la rama ejecutiva nacional, un régimen de indemnizaciones y bonificaciones, como en efecto lo hizo en cada uno de los decretos que dictó en ejercicio de las mencionadas facultades, resulta igualmente claro, lógico y jurídicamente viable el que haya adoptado de manera general para quienes se hallasen en tal circunstancia de cesación en el ejercicio de un cargo por supresión de éste, la sana medida de diseñar un instrumento -el Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público- para atender el objeto previsto en el artículo 1°. del Decreto 2151 de 1992 y las funciones señaladas en otras de sus disposiciones.

De otra parte, como establecer un servicio administrativo es facultad de la ley (art. 150-7 de la Carta), en el presente caso, teniendo en consideración que el Decreto demandado fue dictado con fundamento en las atribuciones que el constituyente le otorgó al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20, y dicho Decreto tiene la misma fuerza o entidad normativa de la ley, la invocación de esta norma para su expedición deviene entonces legítima, toda vez que por él se crea un servicio de la naturaleza jurídica indicada, o sea, un simple servicio administrativo.

El contenido del artículo 1°. citado es argumento suficiente para descalificar la pretensión anulatoria de la demanda con fundamento en una incorrecta apreciación de incompetencia. Lo que allí se estatuye dice bien claro del por qué la referencia al pluricitado artículo transitorio 20 de la constitución.

La circunstancia de que el "Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público" que se constituye por el Decreto impugnado no es un ente u organismo de los que se alude en el artículo 150-7 de la Carta y sobre los que recae directamente el ejercicio de las facultades que allí se consignan, sino que es un simple instrumento o mecanismo integrado por un comité Interministerial de Coordinación (artículo 2°.) para desarrollar el cometido contemplado en el artículo 1°., permite inferir que mal pueden resultar infringidas las disposiciones constitucionales citadas por la actora, al igual que resulta incongruente la explicación de su presunto quebranto.

Finalmente, cabe agregar que basta la lectura del decreto acusado, en especial de sus artículos 5°. , 6°., 7°. y 9°. que señalan las funciones del Comité Interministerial de Coordinación, de la Secretaría Técnica de dicho Comité, a desempeñar por el SENA, del Coordinador Nacional y de los Comités de adaptación Laboral para concluir indefectible e inequívocamente que tales tareas no atentan contra la Función Pública, ni ellas constituyen una delegación de las atribuciones presidenciales en la Secretaría Técnica, ni se afectan derechos

laborales, por cuanto su misión queda enmarcada a través de sus funciones al logro del objetivo previsto en el artículo 1°. *ibídem*, es decir, que los servidores públicos a quienes se les suprime el cargo como consecuencia del ejercicio de las facultades previstas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política "tengan mayores posibilidades de acceder al mercado laboral o de emprender por cuenta propia actividades lucrativas ...".

El cargo, pues, no prospera.

Segundo cargo.- El término a que alude el artículo 13 acusado, al estar dirigido a determinar el tiempo que debe durar la acción del "Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público", aunque se cuenta, según lo establece dicha norma, a partir de la publicidad del decreto que lo contiene culmina 6 meses después del vencimiento del máximo plazo previsto para la ejecución de las medidas adoptadas en desarrollo de las atribuciones contenidas en el artículo transitorio 20 de la Carta, denota claramente que es distinto al de los 18 meses previsto en esta última disposición, razón por la cual esta censura tampoco prospera.

El tercer cargo.- En éste se acusan dos disposiciones: el parágrafo del artículo 6°. y el artículo 11 del Decreto 2151 de 1992.

Aquél dispone:

> "Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo (son las actividades asignadas a la Secretaría Técnica del Comité Interministerial de Coordinación a cargo del sena, precisa la Sala), a solicitud del Coordinador Nacional, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- podrá celebrar convenios o contratos, incluido el encargo fiduciario, con entidades públicas o privadas acreditadas ante el mismo".

El aparte con el cual la actora pretende explicar la presunta violación de este parágrafo se refiere a que sólo el Congreso es quien puede conceder autorizaciones al Gobierno para negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales, y que por ello se quebranta el artículo 150 de la Carta en sus numerales 9°, 11, 14 y 21.

Lo primero que observa la Sala es que sólo el numeral 9° guarda relación con el cargo. Sin embargo, el contenido del precepto impugnado, pretranscrito, evidencia que la censura no puede prosperar. La norma constitucional alude a una atribución del Congreso que ejerce a través de la ley; y por la acusada, que como se ha dicho tiene la misma fuerza de ley, el Presidente autoriza la celebración de esos mismos convenios o contratos con entidades públicas o

privadas en orden al cumplimiento de las finalidades que prevé y de las que se deducen del analizado artículo 20 transitorio de la Carta.

Dicho parágrafo, y el artículo 11 que indica las entidades que deben atender los gastos que demande el Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público, interpretados en armonía con las demás disposiciones del Decreto del cual hacen parte, y en especial, con el objetivo de éste (art. 1°.), antes que contrariar las funciones esenciales del Estado, según la censura, se endereza positivamente hacia ese marco finalista de la constitución, condensado en su artículo 2°. sobre la base del servicio a la comunidad trabajadora, la solidaridad social y la prevalencia del interés general, filosofía que se percibe en el artículo 1°. del Decreto demandado.

En cuanto a la acusación que traduce el concepto de violación contra el artículo 11 del Decreto 2151 de 1992, expresado en este cargo, norma que previene en sus incisos 1°. y 2°. que los gastos que tuvieran que hacerse con ocasión de las actividades dirigidas al Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público serán sufragados por cada una de las entidades objeto de las medidas previstas en el artículo transitorio 20 de la Carta, o en subsidio por el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- con cargo a su presupuesto, se observa: a). Que en cuanto al inciso primero de la norma acusada no encuentra la Sala reparo alguno, pues si con cargo a sus respectivos presupuestos se atiende el pago del valor de las indemnizaciones y bonificaciones a los servidores públicos a quienes se les suprimen sus cargos, nada obsta para que con cargo a ellos se hagan loa gastos que, demanda el servicio administrativo que se crea para que aquéllos tengan mayores posibilidades de acceder al mercado laboral o emprender por cuenta propia actividades lucrativas; b) No acontece lo propio con el inciso segundo del artículo 11 demandado, en cuanto que "En subsidio" traslada al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- todos los gastos que generan las actividades del Servicio de Adaptación Laboral en el sector Público, que riñe con claros principios de la Hacienda Pública, específicamente con previsiones contenidas en los artículos 15011, 345, 346 y 347 de la Carta, como quiera que así se altera o afecta el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones expedido por el Congreso Nacional en lo concerniente a los gastos dé, funcionamiento del SENA para el ejercicio fiscal de 1993, sin que los gastos que se ordena atender, originados en la supresión de empleos o cargos en las otras entidades estatales fusionados, reestructuradas o suprimidas, tengan relación alguna con los objetivos que le señale la ley y que la gobierna.

Este tercer cargo, en consecuencia, prospera, pero sólo en relación con el segundo inciso del artículo 11 del Decreto impugnado.

SECCION PRIMERA

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

F A L L A:

1°. Declárase la nulidad del artículo 11 del Decreto 2151 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, en la parte comprendida en su segundo inciso, el cual se transcribe enseguida:

"ARTICULO 11. Gastos-.....

"En subsidio, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA- sufragará con cargo a su presupuesto los gastos que le demande el Servicio de Adaptación Laboral en el Sector Público y, en especial, el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 6°. de este decreto.

2°. Deniégase la nulidad de las demás disposiciones acusadas.

3°. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, sí hubiere lugar a ello.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitres (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PROYECTO DE ORDENANZA / UNIDAD DE MATERIA.

El respeto al principio de unidad de materia que reclama el artículo 158 de la Carta, que aunque referido a proyectos de ley, su alcance bien puede extenderse a los proyectos de ordenanza dada la filosofía inspirada en racionalizar y tecnificar el proceso normativo, directriz constitucional que tiene su antecedente en art. 77, de la anterior Constitución y tiene, por cierto, consagración legal (artículo 74 del C. de R.D. y 107 del C. de R.M.). En suma se advierte en el acto demandado una conexidad causal entre sus diversas disposiciones que hacen denotar con toda claridad que existe en él la unidad de materia que exigen las normas constitucionales estimadas por el actor apelante como infringidas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No.2500 Actor: CAMILO ALVARO GONZALEZ PACHECO.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 26 de abril de 1993.

SECCION PRIMERA

I.- ANTECEDENTES

a.-El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda:

El ciudadano y abogado Camilo A. González Pacheco, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima la nulidad del Parágrafo del Artículo 1o. de la Ordenanza No.005 de 19 de agosto de 1992, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, y "por medio de la cual se dan algunas disposiciones para la adecuación del Departamento del Tolima a las exigencias de la nueva Constitución".

b.-El acto acusado

Es el citado en el párrafo que antecede, el cual obra a folio 3 del cuaderno principal, y es del siguiente tenor:

"ARTICULO 1o.....

"PARAGRAFO: El Gobernador del Departamento y el Contralor General del Departamento, tendrán una remuneración mensual igual a la asignación mensual de los Miembros del Congreso de la República, la cual el 36% corresponde a Sueldo Básico y el 64% a Gastos de Representación.

"Los Secretarios de Despachos y los Jefes de Departamentos Administrativos tendrán una remuneración mensual correspondiente al 80% de lo devengado por el Gobernador del Departamento, las mismas proporciones antes señaladas para sueldo básico y gastos de representación.

"En ningún caso, ni por motivo alguno, los Directores, Presidente o Gerente de Institutos Descentralizados del orden departamental, podrán tener una remuneración mensual, incluídos los viáticos, superior a la que devenguen los Secretarios de Despachos".

c.-Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones, pueden resumirse así (fls.4 y 5 del Cdno. ppal.):

1.- La Asamblea del Departamento del Tolima, en sesiones extraordinarias, aprobó la Ordenanza 005 de 19 de agosto de 1992, "por medio de la cual se dictan algunas disposiciones para la adecuación del Departamento del Tolima a las exigencias de la nueva constitución".

2.- El parágrafo acusado no tiene relación con el título de la Ordenanza, pues se refiere a toma diferente del señalado por ésta.

d.-Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación y que corresponden al único cargo planteado en la demanda (fls. 5 y 6 del Cdno. ppal.):

Estima el actor que se han violado los artículos 158 y 169 de la Constitución porque en el parágrafo acusado se regula y fija el monto de las asignaciones mensuales de altos funcionarios departamentales, aspecto que no tiene relación alguna con el título ni con la materia de la Ordenanza que se refieren a la "adecuación del Departamento del Tolima a las exigencias de la nueva Constitución".

El tema central de la Ordenanza que se cuestiona está dirigido a revisar los procedimientos administrativos internos del sector central, pero, de ninguna manera, a señalar remuneraciones particulares y concretas de un número determinado de altos funcionarios.

La Ordenanza 005 de 1992 deja así de referirse a una misma materia, desconociendo la exigencia del artículo 158 de la Carta; y su título no corresponde precisamente a su contenido, lo que configura una incongruencia que el artículo 169 *ibídem* trata de evitar.

e.-Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls.18 a 21 y 28 a 30 del Cdno.ppal.).

Existe en la Ordenanza demandada, contrariamente a lo expresado por el actor, correspondencia entre el título y su contenido, por cuanto éste no contiene disposiciones extraña a lo que se enuncia en aquél.

SECCION PRIMERA

La parte dispositiva de la Ordenanza contiene una autorización al Gobernador para que realice la adecuación de los procedimientos administrativos internos del sector central a las exigencias de la nueva Carta Política y establezca las diferentes escalas de remuneración, por lo que la fijación del tope salarial que se consagra en el parágrafo acusado es concordante con el tema tratado en la Ordenanza, sin que se atente contra la unidad material de dicho acto.

En cuanto a la fórmula sacramental prevista en el artículo 169 de la Carta, dice la parte demandada, basta observar el texto de la Ordenanza impugnada para apreciar que ella se cumple a cabalidad.

f.-La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 13 de octubre de 1992 (fls. 8 a 10 del Cdno. ppal.), se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional solicitada en ésta.

Mediante proveído de 17 de noviembre de 1992 se decretaron las pruebas solicitadas por la parte demandante (fl. 22 del Cdno. ppal.).

Por auto de 10 de diciembre de 1992 (fl.23 del Cdno. ppal.) se corrió traslado a las partes para que alegasen de conclusión, y al Ministerio Público para la emisión de su concepto, habiendo hecho uso de dicho traslado aquellas (fls. 26 a 30 *ibídem*) y éste guardó silencio.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó la petición de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones (fls.31 a 33 del Cdno. ppal.):

> "Para el Tribunal el artículo primero de la Ordenanza mencionada se refiere a unas atribuciones para establecer escalas de remuneración y en el parágrafo cuestionado, la Asamblea se ocupa de hacerlo respecto de altos funcionarios departamentales, y mediante el artículo 2o. se dispone la facultad para realizar los movimientos presupuestales necesarios para el cumplimiento de la ameritada ordenanza.

"Como se puede apreciar a primera vista, todo el artículo 1o., incluyendo el parágrafo demandado y el artículo 2o. están concatenados o relacionados, pues mientras el artículo primero y su parágrafo se refieren a establecer las escalas salariales, el 2o. se ocupa de los movimientos presupuestales necesarios para ello, lo que conlleva unidad de materia.

"Si como antes se vio la intención de los asambleístas tolimenses fue dotar al Gobernador de herramientas suficientes para adecuar el Departamento a las exigencias de la nueva Constitución, esto es, darle una orientación de adaptación administrativa a los postulados de la nueva Carta Política y se le dijo precisamente que en lo atinente a la escala salarial y de ello se ocupa todo el artículo primero con su parágrafo, no encuentra la Sala violación alguna de los artículos 158 y 169 de la Ley Marco".

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 34 a 35 del Cdno.ppal.):

El tema esencial de la acción propuesta es el de la unidad de materia en la ley, consagrado en los artículos 158 y 169 de la Constitución, el cual no mereció consideración alguna en el fallo que ahora se apela.

Sostener que la adaptación de un ente territorial a las exigencias de la nueva Constitución implica el aumento salarial, por demás sin criterios de planificación presupuestal para unos pocos funcionarios, no guarda relación con la coherencia interna que la nueva Carta exige en la elaboración de la ley. Fijar la asignación mensual del Gobernador a la sombra de adaptar la administración departamental a la Constitución, constituye la modalidad conocida como "mico" legislativo, mediante el cual a la sombra de un título de una ley de carácter general se esconde un interés concreto y particular que podría ser motivo de ley independiente.

La Corte Constitucional mediante fallo C-025 de 4 de febrero de 1993 ha establecido criterios para precisar el alcance de la unidad de materia en la ley, cuales son: a) el relativo a la conexidad causal; b) en cuanto a su aspecto teleológico; c) en relación a la temática, y d) una visión sistemática de relación con la materia dominante de la ley.

SECCION PRIMERA

La sentencia del *a-quo* en ninguno de sus apartes hace mención del contenido sustancial de la ley, que obliga en la interpretación constitucional a tener como punto de referencia, en el presente caso, los principios contenidos en los artículos que se han estimado en la demanda como violados, los cuales irradian su orientación a las ordenanzas.

Dichos criterios, señalados por la Corte Constitucional en el fallo a que se ha hecho referencia, deben ser tenidos en cuenta, ya que no merecieron consideración alguna en el fallo recurrido.

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandada nada dijo sobre las razones del recurrente, como que no hizo uso del derecho de alegar de conclusión en este segunda instancia.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, considera, en esencia, lo siguiente:

Lo plasmado en el parágrafo cuestionado de ninguna manera resulta ser un tema diferente a lo tratado en los dos primeros artículos de la Ordenanza 005 de 1992.

La alegada violación del artículo 158 de la Carta por parte del Parágrafo de marras, no es percibible en lo más mínimo. Además, sin ánimo de sentar una posición absoluta de interpretación respecto de la unidad de materia, es del caso señalar que el artículo 158 de la Constitución se refiere exclusivamente a los proyectos de ley. Si el constituyente hubiera querido que tal precepto se aplicara a las ordenanzas departamentales y a los acuerdos municipales, lo hubiera expresado con la misma claridad, agregando sencillamente a la expresión "todo proyecto de ley..", la de "ordenanza y acuerdo".

No quiere decir lo anterior que no seria saludable para nuestro ordenamiento jurídico que se exigiera la unidad de materia también para las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales. Pero, por el momento, dentro del capítulo constitucional dedicado al régimen departamental no se encuentra una disposición perentoria que así lo indique.

En suma, "... no cabría predicarse con justeza que pueda darse en este caso la transgresión de una norma específica para los proyectos de ley (sic)".

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Si bien el fallo recurrido es somero en cuanto a precisión sustentatoria se refiere, no por ello deja el Tribunal de tener razón en sus breves apreciaciones, que no logra ahora el actor desvirtuar en su escrito de apelación.

De conformidad con el numeral 7 del artículo 300 de la Carta Política, corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas, entre otras funciones, determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a sus diferentes categorías de empleos, aunque para estos eventos debe contar con la iniciativa del gobernador, cuestión esta última que no es objeto del proceso, como que no fue planteada en la demanda.

Y pueden igualmente las asambleas autorizar al gobernador para que ejerza, *pro témpore*, precisas funciones de las que a ellas corresponden.

La ordenanza 005 de 1992, expedidas por la Asamblea del Tolima, está dirigida a otorgar autorizaciones al Gobernador del Departamento para dos aspectos: uno, para que revise los procedimientos administrativos internos del sector central de la administración departamental, y otro, para que establezca las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleos, según reza el inciso 1o. de su artículo 1o., en el cual también se consigna que respecto del último aspecto, es decir, el de la remuneración, "se haga conforme a las nuevas necesidades del Departamento, sin perjuicio de lo dispuesto a continuación:", que es lo que se estatuye en el parágrafo demandado.

La diferencia entre el parágrafo atacado y el inciso primero del artículo 1o. de la ordenanza consiste simplemente en que la Asamblea Departamental del Tolima señaló ella misma y directamente los parámetros con los cuales se fija la remuneración de los funcionarios a los que el parágrafo se refiere, no siendo, entonces, distinta la materia tratada. Así que no puede esgrimirse validamente que se vulnera la unidad de materia a la que se refiere el artículo 158 de la Carta, pues esta unidad temática se manifiesta con evidente notoriedad en el acto de la Asamblea.

Se trata, ciertamente, de un mismo asunto; sólo que para un grupo específico de funcionarios los parámetros salariales los establece directamente la asamblea y en cuanto al resto de empleados lo deberá hacer el gobernador con base en las facultades que la asamblea le otorga para tal efecto, ciñiéndose a las necesidades del departamento, según reza la norma ordenanzal.

Además, se mantiene dicha unidad sin que ella se quebrante a través de las restantes disposiciones de la ordenanza enderezadas fundamentalmente a permitir que aquellas determinaciones sobre remuneración de los empleados tengan el respaldo presupuestal correspondiente para que la finalidad de las medidas no deje de cumplirse a cabalidad.

En efecto, el artículo 2o. de la ordenanza 005 estatuye que "En desarrollo, de la presente Ordenanza el Gobernador del Tolima, queda facultado para realizar los movimientos presupuestales, expedir los actos administrativos y los contratos que sean necesarios para el cumplimiento de la misma".

Es claro, pues, en los referidos apartes, el, respeto al principio de unidad de que reclama el artículo 158 de la Carta, que aunque referido a proyectos de ley, su alcance bien puede extenderse a los proyectos de ordenanza dada su filosofía inspirada en racionalizar y tecnificar el proceso normativo, directriz constitucional que tiene su antecedente en el artículo 77 de la anterior Constitución y tiene, por cierto, consagración legal (artículos 74 del C.de R.D. y 107 del C.de R.M.).

Por otra parte, teniendo en cuenta que la ordenanza otorga igualmente facultades al gobernador para que revise los procedimientos internos del sector central, pese a la generalización con que está concebido el epígrafe de la ordenanza, y la finalidad que en él se expresa, no hay lugar por ello a deducir que dicho título no corresponda a la materia contenida en el acto ordenanzas. Es decir, que si bien tal correspondencia no se especifica, esa sólo circunstancia no amerita inferir una incongruencia entre el título y la materia de la ordenanza, razón por la cual no se configura la transgresión del artículo 169 de la Carta Política.

En suma, se advierte en el acto ordenanzas 005 de 1992 una conexidad causal entre sus diversas disposiciones que hacen denotar con toda claridad que existe en él la unidad de materia que exigen las normas constitucionales estimadas por el actor-apelante como infringidas.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 26 de abril de 1993.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente el Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CERTIFICADO DE AERONAVEGABILIDAD / AERONAVE - Inspección Técnica / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

No es procedente decretar la medida precautelativa impetrada pues en este momento procesal no se cuenta con los elementos de Juicio necesarios que permitan establecer, que concretamente el artículo 7o. de la Resolución cuestionada, que impone la obligación a las empresas y talleres autorizados para realizar una inspección técnica sobre las aeronaves de acuerdo con lo criterios que allí se fijan, sea el único mecanismo de control periódico que corresponde efectuar a las autoridades aeronáuticas. Tampoco en esta etapa inicial del proceso, puede apreciar la Sala que en el tipo de certificado de aeronavegabilidad diseñado en el acto acusado no constan todas las condiciones reales de operación de una aeronave, como lo afirma el actor.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2543. Acción: Nulidad. Actor: JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ.

El ciudadano JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ, dentro de la oportunidad que señala el artículo 208 del C.C.A., adiciona el escrito de demanda inicial que en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 *ibídem* incoó

contra la Resolución No. 1382 de 1993, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Como la adición de la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL.-

En el mismo escrito de adición de la demanda el actor adiciona el capítulo de la suspensión provisional, aduciendo al efecto lo siguiente:

1-. La Resolución acusada es manifiestamente violatoria de los artículos 1773 y 1790 del Decreto Ley 410 de 1.971, por cuanto el Estado no cumple la obligación legal de inspección establecida en dichas normas ya que en el nuevo tipo de certificado de aeronavegabilidad creado en aquélla no constan realmente las condiciones de operación de la aeronave. El diseño de dicho certificado no refleja la realidad de las condiciones de operación de la aeronave pues se limita a ordenar la revisión de documentos aportados por particulares, de tal manera que al Estado Colombiano no le constan dichas condiciones de operación, sino el simple cúmulo de documentos que para su revisión le aportan los particulares.

2-. Esta situación se refleja en el artículo 7o. de la Resolución 1382 cuando de una manera eufemística intitula ese artículo como INSPECCION TECNICA, dejando solamente en manos de los talleres y empresas particulares la labor de inspección.

II-. LA DECISION

Para resolver **SE CONSIDERA:**

Estima la Sala que no es procedente decretar la medida precautelativa impetrada pues en éste momento procesal no se cuenta con los elementos de juicio necesarios que permitan establecer, que concretamente el artículo 7o. de la Resolución cuestionada, que impone la obligación a las empresas y talleres autorizados para realizar una inspección técnica sobre las aeronaves de acuerdo con los criterios que allí se fijan, sea el único mecanismo de control periódico que corresponde efectuar a las autoridades aeronáuticas.

Tampoco en esta etapa inicial del proceso, por conllevar un análisis de fondo propio de la sentencia, puede apreciar la Sala que en el tipo de certificado de aeronavegabilidad diseñado en el acto acusado no constan todas las condiciones reales de operación de una aeronave, como lo afirma el actor.

Por lo demás, el numeral 4.8.16.4 modificado por el referido artículo 7o. prevé que la División de Control Técnico o la oficina que haga sus veces, conjuntamente con la División de Seguridad Aérea elaborarán programas de inspección a las aeronaves, empresas y talleres autorizados y efectuará evaluaciones sobre su idoneidad a las personas titulares de la licencia de Técnico AIT para verificar que se esté dando estricto cumplimiento a las normas y condiciones exigidas, por lo cual se infiere, en principio, que no se está dejando en manos de los talleres la labor de inspección que corresponde a las autoridades aeronáuticas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de la Contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITESE la adición de la demanda presentada por el ciudadano JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ, contra la Resolución No. 1382 de 1.993, expedida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica 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 adición de la demanda al señor Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

c): FIJESE el negocio en lista por el término de cinco (5), días para los efectos previstos en el artículos 207-5 del C.C.A.

d): DEPOSITE el actor en la Secretaria de la Sección la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo), para atender los gastos ordinarios del proceso.

2o): DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de la Resolución acusada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEMANDA CORRECCION / SUSPENSION PROVISIONAL - Corrección. (Salvamento de Voto).

El salvamento de voto en relación con la providencia de 1o. de octubre de 1993 se refiere a que habiéndose resuelto en fecha anterior sobre la admisión de la demanda y sobre la solicitud de suspensión provisional, para el suscrito Consejero sólo es de recibo admitir la corrección de la demanda, en la medida en que se refiera al contenido mismo de su texto, más no la corrección de la solicitud de dicha medida precautelativa.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2543. Actor: JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ

El salvamento de voto en relación con la providencia de 1o. de octubre de 1993 se refiere a que habiéndose resuelto en fecha anterior sobre la admisión de la demanda y sobre la solicitud de suspensión provisional, para el suscrito consejero sólo es de recibo admitir la corrección de la demanda, en la medida en que se refiera al contenido mismo de su texto, más no la corrección de la solicitud de dicha medida precautelativa, por las razones expuestas en el salvamento de voto que se transcribe a continuación:

"En cuanto se refiere a la corrección de la demanda, en los términos expresados en el numeral 3.1. que antecede, debe admitirse, toda vez que el escrito que la contiene fue presentado dentro del término previsto por el artículo 208 del C.C.A.

"En lo referente a la corrección que el demandante realiza de la totalidad del acápite dedicado en la demanda a la solicitud de suspensión provisional, debía adoptarse la decisión de inadmitirla, de acuerdo con las razones que se expresan a continuación.

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 207 del C.C.A., el auto admisorio de la demanda es aquella providencia que, por regla general, corresponde dictarla al ponente cuando observe que ésta . ... reúne los requisitos legales ..., en cuyo caso deberá disponer, adicionalmente, el trámite o actuación provisto en los numerales 1 a 6 *ibídem*. En su inciso final, dicha norma, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 152 154 y 155 *ibídem*, establece que cuando se pida la suspensión provisional, ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la Sala, Sección o Subsección, y contra este auto solo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación.

"Por su parte, el artículo 208 del C.C.A. consagra el derecho que asiste al demandante, hasta el último día de fijación en lista, y por una sola vez, para aclarar o corregir la demanda, caso en el cual, dispone la norma, volverá a ordenarse la actuación prevista en el artículo ...'.

"De los textos legales atrás referenciados y transcritos en lo pertinente, se deducen varías conclusiones, a saber:

"a) Frente a toda demanda que se presente ante la jurisdicción contencioso administrativa sólo puede proferirse un auto admisorio, aquél que procede cuando quiera que ella... reúne los requisitos legales. Es decir, que si bien el demandante puede hacer uso del derecho de corrección o adición de la demanda desde el momento de su presentación y hasta el último día de fijación en lista, una vez se haya proferido el auto admisorio el ejercicio de este derecho está condicionado a la decisión adoptada en el mismo, independientemente de que en la demanda se haya solicitado o no la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. En otras palabras, la decisión mediante la cual se admite una demanda es independiente de aquella que, aun cuando contenida en la misma providencia, decide sobre la petición de suspender provisionalmente el acto demandado.

"Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que si bien en nuestro ordenamiento jurídico actual la solicitud de suspensión provisional está supeditada a la existencia de una demanda, ella sólo puede ser considerada como parte accidental y, por tal razón, complementaria de la misma, más no como uno de los requisitos legales que se exigen para su admisión. Es

por ello que el artículo 152 del C.C.A. dispone que la medida de suspensión provisional bien puede solicitarse y sustentarse en el mismo texto de la demanda o en escrito separado, presentado antes de que sea admitida....

"b) Analizado el aspecto anterior y como complemento del mismo, se considera que la corrección o adición de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una vez se haya proferido su auto admisorio, tan solo puede tener aceptación en la medida en que ellas se refieran el contenido de su texto, en sí mismo considerado, y no a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, pues lo contrario conllevaría a aceptar, en contravía de todas las normas y principios sustantivos y adjetivos que regulan esta materia, que acudiendo al expediente de su corrección podría adicionarse tal solicitud en las demandas en que no se hizo, o mortificarse los argumentos expuestos para su sustento para, de tal manera, pretender que, en el primer caso, se avoque su estudio y decisión o para que, en el segundo de ellos, la decisión adoptada deba ser reestudiada por la Corporación.

"En consecuencia, considero que cuando el artículo 208 del C. C.A. dispone que en caso de hacer uso del derecho de adicionar o corregir una demanda volverá a ordenarse la actuación prevista... en el artículo 208 *ibídem*, ha de entenderse que dicha actuación está exclusivamente referida a aquella dispuesta en sus numerales 1 a 6, más en momento alguno a dictar nuevamente la decisión principal de admitirla, ni la relacionada con la suspensión provisional, como quiera que '... el escrito o aclaración o corrección del libelo no constituye una nueva demanda sino que, por el contrario, forma con el primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posición de los actores, y aún los poderes legales que tiene el fallador (González Rodríguez Miguel, Código Contencioso Administrativo Concordado Comentado Doctrina y Jurisprudencia, Parte Segunda. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990, págs. 1021 y 1022)". (Expediente No.2007. Actor : Germán Cavelier Gaviria).

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

POTESTAD REGLAMENTARIA / CONCESION PORTUARIA / MEDIO AMBIENTE / IMPACTO AMBIENTAL

El Decreto Reglamentario está encaminado a su finalidad de hacer práctica y posible la aplicación de la ley en sus naturales desarrollo y que, por lo tanto, no puede limitarse a reproducir en forma literal y exhaustiva la norma reglamentada. En el caso presente, y estando apenas en la parte liminar del proceso, bien difícil es determinar si el "impacto ambiental" de que habla la ley desarrollada, no implica también el "impacto oceanográfico" en tratándose como se trata, de la autorización para la construcción de un puerto.

CONCESION PORTUARIA / SUSPENSION PROVISIONAL

La ley 9a. de 1991, en su artículo 9.8, exige "Acreditar que los datos a que se refiere los numerales 92, 9.3 y 9.4 así como el sentido de la solicitud hayan sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, sexpresen sus opiniones y hagan valer sus derechos. Uno de los numerales a que hace remisión este texto, es el 9.4, requisito que consiste en "informar sí se prestarán o no servicios al público en general". Como bien se puede apreciar, la generalidad del enunciado elimina la posibilidad de que, a título de reglamentación, se exija un especificación en la información sobre los posibles clientes o usuarios y se deduce por tanto, al menos para las exigencias de la suspensión provisional, que existe una ostensible violación de la ley reglamentada por parte de los dos decretos enjuiciados. Si bien es cierto que la Ley 1a. de 1991 en el numeral 9.7 exige dicha

indicación, lo hace para efectos de la solicitud de la concesión portuaria, más no información que debe estar incluída en los avisos o publicaciones de los datos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2613 DECRETOS DEL GOBIERNO Actor: GERMAN ALFONSO OLIVEROS CASTRO.

El actor de la referencia ha instaurado acción pública de nulidad contra el artículo 7o. de 1 Decreto No. 838 de 28 de mayo de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por medio de la cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1a. de 1991", decreto que fué modificado por el Decreto 1131 de 16 de junio de 1993.

ADMISION DE LA DEMANDA

Por reunir los requisitos de ley, la demanda será admitida, como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El actor en la demanda solicita la suspensión provisional de las expresiones contenidas en el texto del artículo 1o 7o. , nums. 3, 4 y 6 de 1 Decreto 838 de 1992, modificado por el artículo 1o. del Decreto 1131 de 1993. Se impugna el referido artículo, concretamente, en cuanto allí se dice:

Literal d) "Y oceanográfico".
Numeral 3) "Indicación de quienes serán los usuarios".
Numeral 6) "El plazo para el que se desea la concesión".

Argumenta el actor que como consecuencia de la expedición de la norma acusada, el Ejecutivo violó el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, y el artículo 9o. de la Ley 1a. de 1991 o ley reglamentada.

La violación surge de la simple comparación de los textos citados, debido a que la norma reglamentaria adicionó el texto de la norma reglamentada, al exigir además de los estudios preliminares sobre el impacto ambiental los "oceanográficos" del puerto que se desea construir, situación que hace más

gravosa la presentación de la solicitud por tratarse de un estudio técnico y costoso.

En cuanto al contenido de los avisos, la norma reglamentaria añadió a los previstos en el numero 9.8 del artículo 9o. de la Ley 1a. de 1991 los siguientes:

"Indicación de quienes serán los usuarios" (artículo 1o., numeral 3o. del Decreto 1131 de 1993).

"El plazo para el que se desea la concesión" (artículo 1o., numeral 4o. del Decreto 1131 de 1993).

Arguye el actor al respecto que la publicación de quiénes serán los usuarios, es además de ilegal, Inconveniente para el solicitante por cuanto se le obliga a revelar un aspecto del negocio que por razones comerciales debe ser Inicialmente mantenido en reserva, con el fin de evitar la competencia desleal.

Por otra parte, el plazo de la concesión, es un requisito de la solicitud pero no del contenido de los avisos según la ley reglamentada.

Concluye el actor diciendo que la violación es manifiesta por extralimitación de la potestad reglamentaria, al arrogarse el Ejecutivo facultades legislativas.

CONSIDERACIONES:

Teniendo como fundamento la Ley 1a. de 1991, sobre régimen de concesiones y licencias portuarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Número 838 de 1992 con el propósito de reglamentar dicho régimen. El artículo 7o. en el que se reglamenta lo concerniente a anexos y avisos, fué modificado por el artículo primero de Decreto 1131 de 1993.

En el primer caso, es decir, en lo que a los anexos se refieren, nota la Sala que el Decreto modificatorio, en el literal d) exige entre otros anexos que se deben acompañar a la solicitud de concesión, unos "estudios preliminares sobre el Impacto ambiental y oceanográfico del puerto que se desea construir...", requisito que en el decreto modificado, el señalado con el número 838 de 1992, había sido enlistado en el numeral 4o. del contenido de los avisos que se deben publicar en obedecimiento a lo ordenado en el artículo 9.8 de la Ley 1a. de 1991.

No es este, sin embargo, el motivo de la queja del demandante y su consiguiente solicitud de suspensión provisional, pues ya sea como anexo, ya

como contenido de los avisos, considera él que la exigencia de los estudios sobre el Impacto oceanográfico hace más gravosa la presentación de la solicitud por tratarse de un estudio técnico y costoso y constituye, además, una extralimitación de la potestad reglamentaria pues la frase "y oceanográfico" no se encuentra en la Ley 1a. de 1991.

La apreciación del peticionario es asaz discutible si se tiene en cuenta que, en repetidas oportunidades, esta Corporación ha sostenido que el Decreto reglamentario está encaminado a su finalidad de hacer práctica y posible la aplicación de la ley en sus naturales desarrollos y que, por lo tanto, no puede limitarse a reproducir en forma literal y exhaustiva la norma reglamentada.

En el caso presente, y estando apenas en la parte liminar del proceso, bien difícil es determinar si el "impacto ambiental" de que habla la ley desarrollada, no implica también el "impacto oceanográfico" en tratándose, como se trata, de la autorización para la construcción de un puerto. Tiempo y oportunidad habrá en el transcurso del proceso de determinar el verdadero alcance de la expresión acusada y su rol transgresor de las normas superiores señalada por el demandante.

No procede en consecuencia la suspensión provisional de la expresión "y oceanográfico" contenida en el acto demandado.

Cosa distinta habrá de decirse con relación a la exigencia que trae el numeral 3 cuyo texto en ambos decretos, 838 y 1131, es idéntico:

> "Indicación de quienes serán los usuarios y específicamente si se prestará o no el servicio al público en general".
>
> La ley 9a. de 1991, en su artículo 9.8,. exige acreditar que los datos a que se refieran los numerales 9.2. 9.3 así como el sentido de la solicitud hayan sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación,en dos periódicos de circulación nacional para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos".

Uno de los numerales a que hace remisión este texto, es el 9.4, requisito que consiste en "informar el se prestarán o no servicios al público en general".

Como bien se puede apreciar, la generalidad del enunciado elimina la posibilidad de que, a título de reglamentación, se exija una especificación en la información sobre los posibles clientes o usuarios y se deduce por tanto, al

menos para las exigencias de la suspensión provisional, que existe una ostensible violación de la ley reglamentada por parte de los dos decretos enjuiciados.

Por lo explicado, es procedente la suspensión provisional de la frase "indicación de quienes serán los usuarios", contenida en el numeral 3 del decreto demandado y del que lo modifica.

Igual suerte debe correr la expresión "El plazo para el que se desea la concesión", consignada en el numeral 6o. del artículo 7o. del Decreto 836 de 1992 y que el numeral 4o. del artículo 1o. del Decreto 1131 de 1991, modificatorio del primero, como uno de los datos que deben contener los avisos.

Si bien es cierto que la Ley 1a. de 1991 en el numeral 9.7 exige dicha Indicación, lo hace para efectos de la solicitud de la concesión portuaria, más no como información que debe estar incluida en los avisos o publicaciones de los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 de la misma ley.

Procede, en consecuencia, la suspensión provisional de la expresión "El plazo para el que se desea la concesión".

Teniendo en cuenta las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por el señor Germán Alfonso Oliveros Castro, contra el artículo 7°. del Decreto 838 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Obras Públicas y Transporte y de Defensa Nacional, en la forma provista en el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copias de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) La parte demandante 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, si los hubiera.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes, contesten la demanda, propongan excepciones y pidan pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a la oficina correspondiente el envío, en el término de diez (10) días de los antecedentes administrativos del decreto acusado.

2o. DECRETAR LA SUSPENSION PROVISIONAL de las expresiones "indicación de quiénes serán los usuarios", contenida en el numeral 3o. del artículo 7o. del Decreto 838 de 1992 y en el numeral 3o. del artículo 1o. del Decreto 1131 de 1993. y "El plazo para el que se desea la concesión", contenida en el numeral 6o. del artículo 7o. del Decreto 838 de 1992 y en el numeral 4, del artículo 1o. del Decreto 1131 de 1993.

3o. DENIEGASE la suspensión provisional de la expresión "y oceanográfico" contenida en el artículo 7o., numeral 4 . del Decreto 838 de 1992, y el articulo 1o. literal d) del Decreto 1131 de 1993.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

POLICIA NACIONAL - Estructura / MINISTERIO DE DEFENSA - Facultades / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

No se advierte *prima facie* la ostensible violación pues la norma transitoria de la Ley 62 de 1993 pone en evidencia, que no se ha adoptado aún la nueva estructura de la Policía Nacional y deja entrever un período de transición mientras se adopta tal estructura. De tal suerte que para llegar a la conclusión a la que llegó el actor no basta confrontar el texto literal de las disposiciones en conflicto sino que es menester analizar el verdadero alcance de la voluntad del legislador en cuanto a qué quiso significar cuando facultó al Ministro de Defensa por el término de seis meses para "tomar las medidas necesarias"; si la aplicación de las normas del Decreto 2137 de 1993 es o nó necesaria mientras se adopta la nueva estructura de la Policía Nacional, y qué incidencia tiene la disposición contenida en el artículo 37 de la Ley 62 de 1993 frente a la norma transitoria y mientras se adopta la nueva estructura de dicha Institución, todo lo cual no es viable de dilucidar en esta etapa procesal sino en la correspondiente a la sentencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2633. Acción: Nulidad. Actor: HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA.

El ciudadano **HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación

la declaratoria de nulidad del artículo 1o. literal a) de la Resolución No. 08747 de 12 de agosto de 1993, expedida por el Ministro de Defensa Nacional, "Por la cual se adopta provisionalmente la estructura y funciones para la Policía Nacional".

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL.-

Solicita el actor el decreto de suspensión provisional de los efectos del acto acusado remitiéndose al efecto a lo expresado en el capítulo del concepto de la violación de la demanda, en el cual manifiesta principalmente lo siguiente:

1. El Ministro de Defensa Nacional al expedir el literal a) del artículo 1o. de la Resolución No. 08747 de 12 de agosto de 1993, lo hizo en forma ilegal al poner en vigencia o reproducir las disposiciones contenidas en los Títulos III, IV y V y los artículos 36, 151 y 152 del Decreto 2137 de 1983, que fueron derogados mediante el artículo 37 de la Ley 62 de 1993.

En tales circunstancias se puede ver prima *facie* con la simple lectura del artículo 14 de la Ley 153 de 1887 la ilegalidad del acto acusado, toda vez que es contrario al referido por cuanto éste en su parte final dice que una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una nueva ley.

2. Si bien es cierto que el artículo transitorio de la Ley 62 de 1993, faculta al Ministro de Defensa Nacional para tomar medidas mientras se adopta la nueva estructura de la Policía Nacional, también es cierto que en ningún momento se le concedieron facultades para transgredir la ley, como lo hizo el Ministro al revivir las disposiciones de una ley derogada por la misma Ley 62.

II-. LA DECISION

Para resolver **SE CONSIDERA:**

Dispone el artículo 1o. de la Resolución No. 08747 de 12 de agosto de 1993:

> "Mientras se desarrolla la nueva estructura de la Policía Nacional, se determinan las funciones de ésta y se crea el establecimiento público de Seguridad Social y de Bienestar para la Policía Nacional, adóptase la

estructura, funciones y régimen administrativo y fiscal, contenidos en las siguientes disposiciones:

a. Los títulos III, IV y V del Decreto 2137 de 1983, lo mismo que los artículos 36, 151 y 152 y las normas que los adicionen y complementen".

La norma acusada se expidió con fundamento en lo dispuesto en el artículo transitorio de la Ley 62 de 1993 que es del siguiente tenor:

"Facúltase al Ministro de Defensa hasta por un término de seis (6) meses para toma las medidas necesarias mientras se adopta la nueva estructura de la Policía Nacional. El régimen de pensiones y sueldos de retiro se regirá por las normas vigentes, hasta tanto se expidan las disposiciones que se ordenan en la presente Ley".

El punto de derecho controvertido lo constituye el hecho de haber tomado como medidas necesarias el Ministro de Defensa la adopción de normas del Decreto Ley 2137 de 1983, cuando éstas por disposición expresa del artículo 37 de la Ley 62 de 1993, fueron derogadas.

Estima la Sala que no se advierte *prima facie* la ostensible violación pues la norma transitoria de la citada Ley 62 de 1993 pone en evidencia que no se ha adoptado aún la nueva estructura de la Policía Nacional y deja entrever un período de transición mientras se adopta tal estructura. De tal suerte que para llegar a la conclusión a la que llegó el actor no basta confrontar el texto literal de las disposiciones en conflicto sino que es menester analizar el verdadero alcance de la voluntad del legislador en cuanto a qué quiso significar cuando facultó al Ministro de Defensa por el término de seis meses para "tomar las medidas necesarias"; si la aplicación de las normas del Decreto 2137 de 1983 es o nó necesaria mientras se adopta la nueva estructura de La Policía Nacional, y qué incidencia tiene la disposición contenida en el artículo 37 de la Ley 62 de 1993 frente a la norma transitoria y mientras se adopta la nueva estructura de dicha Institución, todo lo cual no es viable de dilucidar en esta etapa procesal sino en la correspondiente a la sentencia.

En consideración a lo anterior habrá de denegarse la medida precautelativa impetrada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

1o. **ADMITESE** la demanda presentada por el ciudadano **HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C A., contra el artículo 1o. literal a) de la Resolución No. 08747 de 12 de agosto de 1993, expedida por el Ministro de Defensa Nacional. 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 Defensa Nacional.

c): **FIJESE** el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

d): **DEPOSITE** el actor en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo), para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): **SOLICITESE** a la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, el envío de los antecedentes administrativos de la citada Resolución.

2o): **DENIEGASE** la suspensión provisional de los efectos del artículo 1o. literal a) de la Resolución No. 08747 de 12 de agosto de 1993.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

JUICIO FISCAL DE CUENTAS / CONTRALOR AUXILIAR DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA / COMPETENCIA / DEROGACION DEL ACTO / LEY EN EL TIEMPO

La Resolución Reglamentaria No. 21 de 4 de abril de 1986 fue expedida por el Contralor de Bogotá en uso de sus "especiales atribuciones conferidas por el artículo 490 del Acuerdo 6° de 1985", lo que permite deducir nítidamente que la Resolución 021 de 3 de junio de 1985 había quedado fuera del escenario jurídico, toda vez que aquella entró a regular las funciones que el Contralor del Distrito Especial de Bogotá le asignaba al Contralor Auxiliar, entre las cuales cabe destacar la que lo facultaba especialmente para "Conocer y fallar mediante Resolución en los Juicios Fiscales de Cuentas que adelante la Contraloría Bogotá, D.E. Así que lo legítimamente procedente para dictar las Resoluciones demandadas, era haberse fundado en la Resolución Reglamentaria No. 21 de 4 de abril de 1986, dictada con fundamento en el artículo 490 del Acuerdo No. 6° de 9 de septiembre de 1985, y que subrogó la Resolución Reglamentaria No. 21 de 3 de junio de 1985, acto aquél que no sólo no se invocó para su expedición, sino que sólo ahora extemporáneamente se aporta al proceso. Queda plenamente demostrado que en el año 1987 el Contralor Auxiliar de Bogotá expidió las Resoluciones impugnadas con base en una Resolución Reglamentaria que ya había desaparecido del escenario jurídico por haber sido sustituida por la Resolución Reglamentaria No. 21 de 4 de abril de 1986, la cual no se aportó en legal forma al proceso con la constancia de su publicación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2318. Recurso de apelación contra la sentencia de 10 de diciembre de 1992, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: MARIA AMALIA CASAS RESTREPO.

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 10 de Diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1. La señora MARIA AMALIA CASAS RESTREPO, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. presentó demanda el 14 de marzo de 1988 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

a) La nulidad de las Resoluciones números 1257 de 23 de septiembre de 1987, expedida por el Contralor Auxiliar de Bogotá, por la cual se le fija a la citada demandante responsabilidad fiscal por la suma de $2.369.710.oo; y 1628 de 17 de noviembre de 1987, expedida por el mismo funcionario, mediante la cual, y con ocasión del recurso de reposición interpuesto contra aquella, la confirmó en todas sus partes; y b) a título de restablecimiento del derecho: exonerar de toda carga fiscal a la señora María Amalia Casas Restrepo, como Directora del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte (I.D.R.D.); a reconocerle y pagarle los perjuicios materiales causados en la modalidad de daño emergente, junto con los morales en cuantía de un mil gramos oro; y, en el evento de que los daños no se cuantifiquen dentro del proceso, en la sentencia que lo dirima se señalen las bases para liquidar la condena en los términos del art. 308 del C. de P.C.

I.2-. *CAUSA PETENDI*

1.2.1. Hechos

Se refieren, en síntesis, a las negociaciones que la actora, en su calidad de Directora del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte -I.D.R.D.- adelantó para adquirir de la Empresa Distrital de Transportes Urbanos de Bogotá un retal inservible de elementos de cable en cobre por valor de $200.000.oo que pagó con cheque de ese Instituto, cuyo valor histórico era de $2.369.710.oo, material que no teniendo utilidad ni servicio para el I.D.R.D., fue finalmente

utilizado por el Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud -IDIPRON-, organismo que asumió su costo.

En noviembre de 1986, el Contralor de Bogotá ordenó verbalmente a la División de Visitadores Fiscales e Investigación de la Contraloría de Bogotá adelantar una investigación contra María Amalia Casas por los hechos aludidos, y de ello se derivaron las resoluciones acusadas.

María Amalia Casas obró de buena fé; no hubo detrimento del patrimonio del Distrito Especial de Bogotá ni del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte; la publicación y notificación de las Resoluciones demandadas sometieron al escarnio público a la actora y la inhabilitaron para el ejercicio de funciones públicas, perjudicándola material y moralmente.

I.2.2-. Normas violadas y concepto de la violación.

Se expone este capítulo en tres cargos, que se resumen así:

Primer cargo,- Violación de los artículos 2°, 55 20 y 63 de la Constitución Política; 483, 484, 486, 488, 489 y 490 del Código Fiscal de Bogotá, por cuanto el Contralor Auxiliar que expida los actos acusados no tenía competencia para ello, ya que la atribuciones legales invocadas para dictar tales actos, no fueron citadas porque no existían ni existen en general para un funcionario auxiliar que sólo puede cumplir aquellas que le sean delegadas específicamente, lo cual tampoco existía.

Segundo Cargo.- Violación de los artículos 5°. de la Ley 58 de 1982, 28 35 del C.C.A., porque hubo inobservancia de los procedimientos establecidos para proferir Resoluciones, ya que si se revisa el expediente 2304 adelantado por los Visitadores de la Contraloría, se constata que brilla por su ausencia la publicidad de la actuación, la contratación de las pruebas, la audiencia de las partes y la imparcialidad.

Tercer cargo.- Violación del artículo 35 del C.C.A. , por cuanto las Resoluciones demandadas no "están basadas en la realidad, pues los presupuestos fácticos que sirvieron de base, no se verificaran eficazmente.".

I.3-. TRAMITE DE LA ACCION

1.3.1.-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda -en la cual se denegó la suspensión provisional solicitada-, fijación en lista, probatoria, de alegatos y concepto fiscal.

SECCION PRIMERA

El Distrito Especial de Bogotá, en el término de fijación en lista, a través de la Personería Distrital dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de ésta y proponiendo la excepción de "indebida acumulación de acciones".

La primera instancia culminó con el proferimiento de la sentencia de 10 de diciembre de 1992, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, habiendo sido oportunamente apelada por las partes.

I.4.- LA SENTENCIA RECURRIDA

En la parte resolutiva se decidió: 1°): declarar no probada la excepción propuesta por la parte demandada sobre "indebida acumulación de acciones" ; 2°. declarar la nulidad de las Resoluciones demandadas agregando que tal "nulidad" lleva implícita el restablecimiento del derecho para que no se le cobre la responsabilidad fiscal fijada en los actos acusados, y, 3°): denegar las demás pretensiones de la demanda. Para adoptar dicha decisión, el Tribunal razonó así:

En cuanto a la excepción, señala que como se observa a folio 2°, el actor ejercita "la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo", dentro de la cual además de la anulación del acto administrativo se puede pedir la reparación del daño, sin que se trate de la acción de reparación directa, pues ésta tiene como causa de la petición un hecho y éste no es objeto de la demanda. En consecuencia, no prospera la excepción propuesta por el apoderado de la parte demandada.

En cuanto al primer cargo relativo a la incompetencia del funcionario que expidió las Resoluciones 1257 y 1628 de 1987, demandadas, expresa el *a quo* que fueron ciertamente expedidas por:

> "EL CONTRALOR AUXILIAR DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, en ejercicio de sus atribuciones legales y en especial las conferidas por la Resolución Reglamentaria Número 021 del 3 de junio de 1985,".

De acuerdo con la prueba que obra a folio 98, la Resolución Reglamentaria No. 021 del 3 de junio de 1985, fue expedida por:

> "EL CONTRALOR DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, en ejercicio de sus atribuciones y en especial de las que le confieren los artículos 530, 532 y 625 del Código Fiscal."

El Código Fiscal vigente a la fecha de expedición de las Resoluciones acusadas era el contenido en el Acuerdo No. 6 de 1985, expedido por el Consejo del Distrito Especial de Bogotá el 9 de septiembre de 1985, sancionado por el Alcalde Mayor en la misma fecha y publicado el 27 de los mismos mes y año, cuyo artículo final, el 581, dispone:

> "El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción, deroga las disposiciones que le sean contrarías y en especial el Acuerdo 9 de 1976 y el Acuerdo 8 de 1980."

Estos dos Acuerdos derogados constituían el anterior Código Fiscal del Distrito Especial, que sirvió de fundamento para la expedición de la Resolución Reglamentaria No. 021 del 3 de junio de 1985, la cual perdió automáticamente su vigencia por efectos de la derogatoria.

Y esto es así, por cuanto en el Artículo 490 del Acuerdo 6 de 1985 se estableció :

> "Para ser Contralor Auxiliar se requiere de las mismas calidades que para ser Contralor.
>
> "El Contralor Auxiliar desempeñará las funciones que le asigne el Contralor. Cuando éste se ausente de la sede del ejercicio de sus funciones, podrá delegar en el Contralor Auxiliar el despacho de los asuntos más urgentes.
>
> "PARAGRAFO TRANSITORIO: El Contralor, por medio de la Resolución, determinará las funciones del Contralor Auxiliar, en un término de noventa (90) días a partir de la vigencia del presente Acuerdo.".

Como en la contestación de la demanda, la apoderada, del Distrito Especial manifestó simplemente que se oponía a las declaraciones y condenas solicitadas por el apoderado de la parte actora, sin exponer las razones, no existe prueba de que el Contralor Auxiliar del Distrito Especial de Bogotá tuviera efectivamente competencia para dictar las Resoluciones acusadas.

En los antecedentes administrativos se aportaron las Resoluciones números 16 de 1980 y 61 de 1986, las cuales reglamentan: la primera, "las funciones de la División de Visitadores de la Contraloría del Distrito Especial de Bogotá"; y, la segunda, "Las funciones de la División de Visitadores Fiscales e Investigación y el procedimiento para el ejercicio de éstas", sin que en ellas se haga delegación de funciones al Contralor Auxiliar.

En conclusión, prospera el primer cargo por incompetencia del funcionario que expidió los actos administrativos acusados, situación que hace innecesario el estudio de los otros dos.

En consecuencia, se declarará la nulidad de las Resoluciones acusadas, nulidad que lleva implícita el restablecimiento del derecho a la demandante para que no se le cobre la carga fiscal que le fuera impuesta.

En cuanto a las condenas solicitadas, no existe prueba alguna de los perjuicios materiales que hubiera podido servir de base para haber ordenado su liquidación, de conformidad con el Artículo 307 del C. de P. C., en el cual no se permite la condena en abstracto, y no existe tampoco prueba alguna sobre los perjuicios morales sufridos por la demandante.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. **La apelación de la demandada**: Se sustenta diciendo que no puede aceptar, como lo decidió el *a quo*, que el Contralor Auxiliar del Distrito Especial de Bogotá no tenga competencia para haber proferido las Resoluciones demandadas.

En el alegato de conclusión, a este respecto puntualiza que si bien es cierto que en las Resoluciones atacadas se señaló que ellas se profirieron en ejercicio de la Resolución No 021 del 3 de junio de 1985, para la época de su expedición también estaba vigente la Resolución No. 021 del 4 de abril de 1986, mediante la cual el artículo 1°. numeral 1 de las Funciones Especiales le atribuyó al Contralor Auxiliar de Bogotá, D.E. la función de: "Conocer y fallar mediante Resolución en los Juicios Fiscales de Cuentas que adelante la Contraloría de Bogotá D.E.", Resolución que en nada riñe con la 021 del 3 de junio de 1985, y, por ende, ésta no quedaba derogada, mínime cuando la 021 del 4 de abril de 1986 dejó sentado en el artículo segundo que dicha Resolución derogaba las que le fueran contrarias.

Solicitó en dicho escrito que con fundamento en el poder que le otorga el artículo 169 del C.C.A. se sirva la Sala decretar de oficio la prueba contenida en la Resolución No. 021 del 4 de abril de 1986, cuya fotocopia autenticada allega ahora.

2 **La apelación de la actora**: Se endereza a que se "modifique el numeral tercero de la parte Resolutiva de la sentencia", para que, en su defecto, se condene al Distrito Especial de Bogotá a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales a ella ocasionados, conforme a las peticiones de la demanda.

Argumenta esta apelante, textualmente

".... considero que se aplicó indebidamente el artículo 307 del C. de P.C., pues ante la inexistencia de pruebas suficientes para proceder a la condena en concreto, debió el Tribunal decretar de oficio aquellas que estimara necesarias para tal fin, como reza la norma citada. Sentido en el cual, entiendo que puede proceder el superior.

...La consecución de un abogado, el costo de sus honorarios y el pago de una póliza judicial constituida en la Compañía Agrícola de Seguros por disposición del Tribunal, más los gastos de transporte naturales, que hubieran sido injustificados de no existir las resoluciones anuladas, pueden considerarse como "Daño Emergente" y calificarse a la luz del artículo 107 del Código Penal, como no valorables pecuniariamente pudiendo el juez señalar la indemnización con la debida prudencia dentro de los límites establecidos por la ley.

Ahora, si los perjuicios materiales en el presente caso son difíciles de comprobar procesalmente, qué no decir de los perjuicios causales que miran solo a los sentimientos íntimos de quienes los han sufrido. Se localizan en el plano afectivo y lejos del aspecto patrimonial, pero con consecuencias que repercuten en la actividad de una persona y por lo mismo pueden estimarse en dinero, conforme al artículo 106 del C.P.

Por idénticos hechos a los que sirvieron infundadamente de base para dictar las resoluciones, la demandante estuvo vinculada como sindicada a un proceso penal adelantado por el Juzgado Ochenta y Siete de Instrucción Criminal de Bogotá, por un presunto delito de peculado, dentro del cual se dictó cesación de procedimiento. Además de estar sometida al escarnio público y las dudas sobre su honestidad y el manejo de los recursos que estuvieron bajo su cargo en el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, en este caso también la demandante debió tomar las providencias de ley para defenderse y sacar adelante un pronunciamiento favorable, a través del concurso de un abogado, con los consiguientes gastos que ello implica.

También por disposición del Código Fiscal de Bogotá, se encontraba impedida para ejercer cargos públicos en el distrito, mientras no pagara la carga fiscal fijada, lo que constituiría de por sí mala conducta, o no obtuviera la derogatoria de las resoluciones que le habían impuesto. Circunstancia que no dejaba alternativas a la demandante, incurría en los gastos necesarios para demandar las resoluciones anuladas o se vería castigada injustamente y para siempre por dejar de hacerlo. Pero por el hecho de sufragar estos

gastos, no se liberaba de la carga psicológica y la mala calificación moral a que la sometieron las resoluciones y el proceso penal que se le siguió, lo cual permitió que sus antecedentes penales fueron solicitados a todo el territorio nacional.

Todo este cúmulo de desventuras y gastos, sufridos personalmente por María Amalia Casas, y ocasionados por razón directa de las resoluciones anuladas; deben ser indemnizados por la entidad responsable de haber originado la situación, y ,avaluarse pecuniariamente por el juez, con base en los mandatos de los artículos 106 y 107 del Código Penal ..." (folios 12 a 14 cuaderno 3).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dados los motivos en que se apoya cada uno de los recursos de apelación interpuestos, corresponde a la Sala, en un orden lógico, avocar primero el exámen del de la parte demandada, y luego el de la parte actora. Se examinarán sin restricciones por haber ambas partes apelado del fallo del primer grado, conforme al artículo 357 del C. de P.C.

1. La apelación de la demandada.

Se contrae al aspecto medular de la controversia relativo a si el Contralor Auxiliar del Distrito Especial (hoy Distrito Capital) tenía o no competencia para expedir las Resoluciones impugnadas en este proceso. De la decisión del Tribunal disiente la demandada aduciendo que habiéndose expedido los actos acusados con fundamento en la Resolución No. 021 de 3 de junio de 1985, para esta época también se hallaba vigente la Resolución 021 de 4 de abril de 1986, la cual en su artículo 1°. numeral 1, de las Funciones Especiales, le atribuyó al Contralor Auxiliar la función de "Conocer y fallar mediante Resolución en los Juicios Fiscales de Cuentas que adelante la Contraloría de Bogotá, D. E." y dejó sentado en el artículo 2°. que ella derogaba las que le fueran contrarías.

Las dos Resoluciones demandadas, números 1257 y 1628 fueron expedidas, en su orden, el 23 de septiembre y el 17 de noviembre de 1987 por el Contralor Auxiliar del Distrito Especial de Bogotá, en uso de las especiales atribuciones conferidas por la Resolución Reglamentaria No. 021 de 3 de junio de 1985, según la invocación que en el epígrafe de ellas se consigna.

Esta última fue expedida por "El Contralor del Distrito Especial de Bogotá, en ejercicio de sus atribuciones y en especial de las que le confieren los artículos 530, 532 y 625 del Código Fiscal", en la cual

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- Delégase en el Contralor Auxiliar el conocimiento y fallo de los Juicios Fiscales de Cuentas.

Para el cumplimiento de tales funciones el Contralor Auxiliar contará con la asistencia de la Sección de Juicios Fiscales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 11 de la Resolución Reglamentaria 015 de 1980.

ARTICULO SEGUNDO.- El Contralor Auxiliar conocerá y fallará los recursos que se interpongan contra las decisiones que profiera en ejercicio de estas atribuciones y en especial contra las actuaciones a que se refieren los artículos 550 numeral 3°, 653 y 655 del Código Fiscal.

En consecuencia, la providencia que decida el recurso de reposición no es susceptible de ningún otro recurso ante la vía gubernativa.

ARTICULO TERCERO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las que le sean contrarias.".

Lo anterior permite deducir que las disposiciones invocadas en aquella Resolución, la 21 de 3 de junio de 1985, correspondían al Código Fiscal que rigió con anterioridad al que fuera expedido por el Consejo del Distrito Especial de Bogotá mediante el Acuerdo No. 6, el 9 de septiembre de 1985, sancionado por el Alcalde Mayor en la misma fecha, y según consta en él, *in fine*, publicado el 27 de los mismos mes y año, el cual en su último artículo, el 581, dispuso:

"El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción, deroga las disposiciones que le sean contrarías y en especial el Acuerdo 9 de 1976 y el Acuerdo 8 de 1980.".

Así que la Resolución Reglamentaria 021 de 3 de junio de 1985 se fundamentaba en el Código Fiscal que regía con anterioridad al Acuerdo 6 de 1985, por haber sido éste expedido en septiembre del mismo año, es decir, tener existencia y vigencia posterior a aquél que, constituido por los Acuerdos 9 de 1976 y 8 de 1980, y en el cual se apoyaba la supradicha Resolución Reglamentaria, quedó expresamente derogado por el citado Acuerdo 6 de 1985, y, por consiguiente, sin vigencia.

Ahora bien el artículo 484 del Código Fiscal-Acuerdo No 6 de 9 septiembre de 1985- le prohibió a la Contraloría de Bogotá ejercer funciones administrativas distintas a las inherentes al desarrollo de su propia organización;

el artículo 488 *ibídem* facultó al Contralor para establecer las funciones que debían desempeñar cada uno de los funcionarios de la Contraloría y delegar en ellos "algunas" de las funciones inherentes a su cargo.

También se consagró la figura del "Contralor Auxiliar" como funcionario de libre nombramiento y remoción del Contralor para que lo reemplazara en los casos de faltas temporales y en los de falta absoluta mientras se proveía el cargo por el Consejo (artículo 489 *ib.*) y desempeñara las funciones que le asignara el Contralor de acuerdo con el artículo 490, que en su Parágrafo Transitorio prescribió:. "El Contralor, por medio de Resolución, determinará las funciones del Contralor Auxiliar, en un término de noventa (90) días a partir de la vigencia del presente Acuerdo.".

No se acreditó en la primera instancia que hubiera existido, como desarrollo de lo prescrito en el citado parágrafo del artículo 490, un acto que le permitiera al Contralor Auxiliar proferir validamente las Resoluciones acusadas, sino que sé invocó para fundamentarlas la Resolución Reglamentaria No.021 de 3 de junio de 1985, expedida con base en el Código Fiscal anterior al Acuerdo No. 6 de 9 de septiembre de 1985.

La única Resolución aportada en la primera instancia, con expedición posterior al Acuerdo 06 de 1985 Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá-, anexada con los antecedentes administrativos de los actos acusados, fue la No. 61 de 1986 "Por la cual se reglamentan las funciones de la División de Visitadores Fiscales e Investigación y el procedimiento para el ejercicio de éstas", sin que en ella se haga delegación de funciones al Contralor Auxiliar.

El argumento que ahora se esgrime contra la decisión del Tribunal consiste en sostener que la Resolución 021 de 4 de abril de 1986, expedida por el Contralor del Distrito Especial de Bogotá, le atribuyó al Contralor Auxiliar la función de "Conocer y fallar mediante Resolución en los Juicios Fiscales de Cuentas que adelante la Contraloría de Bogotá, D.E.",que, dice, en nada riñe con la Resolución 021 de 3 de junio de 1985 que así subsistía con vigencia.

Como aquella Resolución no se aportó ni se citó en la primera instancia, fue invocada ahora en el alegato de conclusión en virtud del trámite de la apelación interpuesta, por la demandada, anexando su fotocopia autenticada y pidiéndola como prueba a decretar de oficio por esta Corporación.

Esta prueba fue denegada por extemporánea y no ajustarse a los eventos previstos en el artículo 214 del C.C.A., en auto de Sala Unitaria de 9 de julio del año en curso, decisión que suplicada fue confirmada en Sala de Decisión de la Sección Primera, lo que impide legítimamente ser estimada.

Observa entonces la Sala que la Resolución Reglamentaria no. 21 de 4 de abril de 1986 fue expedida por el Contralor de Bogotá en uso de sus "especiales atribuciones conferidas por el artículo 490 del acuerdo 6 de 1985", lo que permite deducir nítidamente que la Resolución 021 de 3 de junio de 1985 había quedado fuera del escenario jurídico, toda vez que aquella entró a regular las funciones que el Contralor del Distrito Especial de Bogotá le asignaba al Contralor Auxiliar, entre las cuales cabe destacar la que lo que lo faculta especialmente para "Conocer y fallar mediante Resolución en los Juicios Fiscales de Cuentas que adelante la Contraloría Bogotá, D.E."

Así que lo legítimamente procedente para dictar las Resoluciones demandadas, era haberse fundado en la Resolución Reglamentaria no. 21 de 4 de abril de 1986, dictada con fundamento en el artículo 490 del Acuerdo No. 6 de 9 de septiembre de 1985, y que subrogó la Resolución Reglamentaria No. 21 de 3 de junio de 1985, acto aquél que no sólo no se invocó para su expedición, sino que sólo ahora extemporáneamente se aporta al proceso.

En suma, queda plenamente demostrado que en el año 1987 el Contralor Auxiliar de Bogotá expidió las Resoluciones impugnadas con base en una Resolución Reglamentaria que ya había desaparecido del escenario jurídico por haber sido sustituida por la Resolución Reglamentaria no. 21 de 4 de abril de 1986, la cual no se aportó en legal forma al proceso con la constancia de su publicación.

2. **La apelación de la parte actora**

Es pertinente observar inicialmente que si bien es cierto, como lo argumenta el Tribunal, que de conformidad con el artículo 307 del C. de P. C., modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, no es viable ya la condena en abstracto, ello sólo puede predicarse en tratándose de procesos de índole civil, ya que ella sigue siendo procedente en el proceso administrativo, dado que el artículo 172 del C.C.A. sí la consagra y está vigente. Se precisa, entonces, como ya lo ha reiterado esta Corporación, que la liquidación en tales casos, es decir, en los eventos de condena de perjuicios, debe hacerse mediante el trámite indícental previsto en el artículo 137 del C. de P.C., más no por la vía que indicaba el artículo 308 *ibídem*, por cuanto esta norma también fue subrogada por el Decreto Ley 2282 de 1989, estructurándola en armonía con su precedente 307. El incidente deberá formularse dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo respectivo, por permitirlo el artículo 119 del Estatuto Procedimental Civil.

En relación con los perjuicios materiales, que sólo ahora la parte actora pretende concretar en su escrito de apelación, la Sala encuentra que en el

libelo demandatorio ella los estimó "En el monto establecido para la carga fiscal por las resoluciones acusadas o sea, la suma de $2.369. 710.oo" lo que permite deducir, que la compensación perseguida por el referido aspecto ya ha sido satisfecha teniendo en cuenta lo que razonablemente dedujo el *a-quo* en el numeral 2o. de la parte resolutiva del fallo, al expresar que la nulidad que se declaraba "lleva implícito el restablecimiento del derecho para que no se le cobre la responsabilidad fiscal fijada" en las Resoluciones demandadas.

Esta clara conclusión hace no sólo inútil sino improcedente el exámen de los argumentos que en este sentido expone la apelante, amén de que ellos se centran en elementos que no pertenecen al campo propiamente del daño emergente ni del lucro cesante, nociones que comprenden el genérico de perjuicios (artículo 1613 del C.C.), sino a lo que queda comprendido en el concepto de costas.

En cuanto a los perjuicios morales, basta señalar, para confirmar su denegatoria, que ellos no fueron sustentados ni alegados en la demanda ni en ninguna otra actuación en el trámite de la primera instancia, pues la demandante sólo se limitó en su libelo inicial a solicitarlos en cuantía de un (1) mil gramos oro (folio 3 del cuaderno principal).

En consecuencia, no prosperará la apelación interpuesta por la parte actora.

Por todo lo anterior consignado, deberá confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia proferida el 10 de diciembre de 1992 por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

ACCION DE NULIDAD DE MARCAS

De la comparación entre las causales contenidas en el artículo 585 del C. de Co. y las del artículo 72 de la Decisión 313 que han sido invocadas como violadas por la actora, infiere la Sala que algunas, de dichas normas de aquél conservan su esencia en éstas por lo cual ha de entenderse que han sido sustituidas, motivó suficiente para afirmar que se dan los presupuestos del artículo 596 del Estatuto Comercial para la viabilidad de la acción de nulidad especial que se ha impetrado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2535 Acción: Nulidad. Actor: SOCIEDAD LABORATORIOS ASOMECO LTDA.

Se decide el recurso de súplica oportunamente interpuesto por la apoderada de la actora contra el proveído de 27 de agosto de 1993, proferido por la Sala Unitaria del Consejero doctor Yesid Rojas Serrano, mediante el cual se inadmitió la demanda promovida en ejercicio de la acción de nulidad contra la Resolución No. 06473 de 25 de julio de 1988, por la cual se concedió el registro de la marca "Gamabenceno" (etiqueta) en favor de Laboratorios Bussie S.A., expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I-. EL AUTO RECURRIDO

Para inadmitir la demanda se adujo principalmente lo siguiente:

1-. La demandante, al impetrar la nulidad del registro marcario fundamenta su acción en los artículo 84 del C.C.A. y 596 del C. de Co., y de acuerdo con esta ultima norma demanda el restablecimiento automático del derecho. Es decir, está haciendo uso de la acción pública especial consagrada en el artículo 596 del C.de Co.

2-. Del contenido de esta última norma se infiere que si bien la acción puede intentarse dentro de los cinco años, esa prerrogativa está limitada exclusivamente a la infracción de las disposiciones contenidas en los artículos 585 y 586 *ibídem*. Sin embargo la actora en el capítulo sobre "Fundamentos de derecho violados y conceptos de violación", no menciona como normas transgredidas los artículos 585 y 586 del C.de Co., ni tampoco se deduce de los hechos ni del concepto de la violación expresado, requisito *sine qua non* para la prosperidad de la acción, sino taxativamente señala las Decisiones 85 y 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la Ley 09 de 1979, el Decreto 2092 de 1986 y el Decreto 1190 de 1978.

3-. La demandante pone especial empeño en demostrar que el término "Gamabenceno" es un nombre genérico que forma parte de la sustancia química "Gamabenceno Hexacloruro" , y ninguno de los ordinales de los artículos 585 y 586 del C.de Co. hacen la concreta prohibición de registrar como marcas los nombres genéricos.

Otras normas seguramente lo harían, como puede ser el caso del artículo 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, pero en ese caso la demanda debió haber sido incoada mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y aún en este evento operó el fenómeno jurídico de la caducidad, pues la Resolución se notificó mediante edicto desfijado el 24 de octubre de 1988 mientras que la demanda fué presentada el 29 de junio de 1993.

II-.FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia de la recurrente pueden resumirse así:

1-. Es cierto que no se citaron en la demanda los artículos 585 y 586 del C.de Co., pero estos preceptos son los mismos artículos 72 y 73 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, normas citadas y analizadas

debidamente en el libelo, que corresponden a los artículos 57 y 58 de la Decisión 85.

2-. El artículo 596 del C.de Co. no hace alusión directa a las Decisiones 85 y 313 pues éstas fueron posteriores a aquél.

3-. No es cierto que no se deduzca de los hechos de la demanda ni de los conceptos de violación expresados el quebranto de las normas del C.de Co. sustituidas por los artículos 72 y 73 de la Decisión 313, pues se explicó y detalló uno a uno los literales considerados violados del artículo 72 de la Decisión 313, norma actual y vigente ya que el artículo 585 del C.de Co. no tiene aplicación.

Tampoco la Ley obliga a hacer en la demanda una historia del porqué una norma está vigente y otra no, y cómo una norma fue sustituida por otra.

4-. Es cierto que se hace énfasis e el término genérico por cuanto ahí radica la petición de nulidad del registro de la marca. Los literales b) y d) del artículo 72 definen la generosidad de un término. El literal d) también respalda las afirmaciones de la demanda cuando considera irregistrable una expresión que indique, desde o describa la especie, la calidad o la cantidad.

5-. La demanda no podía promoverse bajo la tutela del artículo 85 del C.C.A., por cuanto no es el camino, no sólo por el fenómeno de la caducidad sino porque se alega un restablecimiento general y el respeto por el derecho de toda la comunidad.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El proveído suplicado habrá de revocarse por las siguientes razones:

El artículo 585 del C.de Co. prescribe que no podrán registrarse como marcas, entre otras, las siguientes:

> "... 2o. Las que consistan exclusivamente en un signo que pueda servir en la industria o en el comercio para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen o la época de producción de artículos o de la prestación de los servicios".
>
> "3o. Las que consistan exclusivamente en un signo que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se haya convertido en una designación usual de los productos o servicios de que trate".

"5o. Las que sean contrarías a las buenas costumbres o al orden público, o las que puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que trate".

Está claro que uno de los motivos por los cuales la actora solicita la nulidad del registro marcario lo constituye el hecho de que la palabra "Gamabenceno" por ser, según ella, precisamente parte del nombre de la propia sustancia de que está hecho Gamabenceno Hexacloruro o Hexacloruro de Gamabenceno, es irregistrable. Por lo mismo dentro de las disposiciones que cita como violadas menciona el artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y los literales a, b, d, e, g y h del artículo 72 de la Decisión 313, explicando el alcance de tales violaciones.

Preceptúa el artículo 56 de la Decisión 85:

"Podrá registrarse como marca de fábrica o de servicios los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos".

El artículo 72 de la Decisión 313 estatuye en los literales pertinentes:

"No podrán registrarse como marcas los signos que:

a) No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;

b) Consistan en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate;

...d) Consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para designar o para describir la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse;

...g) Sean contrarios a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;

h) Puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate".

SECCION PRIMERA

De la comparación entre las causales contenidas en el artículo 585 del C.de Co. y las del artículo 72 de la Decisión 313 que han quedado transcritas, y que han sido invocadas como violadas por la actora, infiere la Sala que algunas de dichas normas de aquél conservan su esencia en éstas por lo cual ha de entenderse que han sido sustituidas, motivo suficiente para afirmar qua se dan los presupuestos del artículo 596 del Estatuto Comercial para la viabilidad de la acción de aulidad especial que se ha impetrado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

R E S U E L V E:

REVOCASE el proveído de 29 de agosto de 1993, proferido por la Sala Unitaria del Consejero doctor YESID ROJAS SERRANO, y, en su lugar se dispone: REGRESE el expediente al Consejero ponente para que redacte el proyecto en el cual se admita la demanda y se decida sobre la solicitud de suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del dia 30 de septiembre de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Libardo Rodríguez Rodríguez.*

CONTROL INTERNO / CONGRESO - Facultades / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Mientras el Congreso Nacional, organismo que le corresponde hacer las leyes al tenor de lo dispuesto en el artículo 150 de la Carta Política, no expida la correspondiente ley en lo atinente al control interno de la Administración Pública, no puede ninguna entidad del Estado arrogarse la facultad de reglamentar métodos y procedimientos de control interno, como así lo hizo el Consejo Municipal a través de las normas objeto de estudio. De otra parte, el proyecto de Ley 110 de 1992, mientras no constituya Ley, no habilita a las entidades estatales a pronunciarse sobre métodos y procedimientos de control interno.

PROYECTO DE ACUERDO / OBJECION DEL ALCALDE / ALCALDE - Deberes

El Alcalde debe sancionar inmediatamente, es decir, sin sujeción a término alguno, el proyecto que reconsiderado por el Consejo Municipal fuera aprobado ya que no puede presentar nuevas objeciones respecto del mismo, así como el proyecto de Acuerdo respecto del cual el Tribunal Contencioso Administrativo haya adoptado la decisión de declararlo válido por estar ajustado, a la Constitución y a la Ley.

PRESUPUESTO MUNICIPAL - Trámite / PRESUPUESTO MUNICIPAL - Vigencia / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia.

Como quiera que la segunda parte del artículo 191 demandado contempla la posibilidad de que siga rigiendo "el proyecto de

presupuesto presentado por el Gobierno Municipal en las sesiones ordinarias anteriores, con las modificaciones propuestas por el Gobierno", cuando fuere decretada la nulidad por vicios de trámite en el Concejo Municipal, considera a la Sala que infringe el artículo 83 del la Ley 38 de 1989, pues éste al referirse a la declaratoria de inexequibilidad de la Ley aprueba el presupuesto General de la Nación en su conjunto no hace distinción alguna en cuanto a vicios de fondo o de forma que motiven tal declaratoria de manera pues que si la Ley es clara, no le es dable el intérprete entrar a hacer distinciones con consecuencias jurídicas que ella no hace.

FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS / CONCEJO MUNICIPAL - Facultades

Las normas acusadas prevén que no se considera fraccionamiento de los contratos la provisión permanente y periódica de elementos para el mantenimiento de los servicios de la Administración, la adquisición permanente y periódica de aquellos elementos indispensables para la construcción cuyo comercio esté restringido por deficiencia en su producción, importación o distribución y cuando la ejecución de una obra se haga por sectores pues cada uno de estos puede ser contratado por separado con distintos contratistas. Dado el contenido enunciado la Sala considera que ellas no pueden quebrantar el artículo 56 del Decreto Ley 22 de 1983 por cuanto el fraccionamiento de los contratos es materia atinente a la formación de los mismos, cuya regulación, no compete a la ley, por no estar incluída en el inciso final del artículo 1°. del expresado Decreto Ley, y sí a los Concejos. Debe pues revocarse la medida de suspensión provisional que pesa sobre dichos preceptos.

SUSPENSION TEMPORAL DEL CONTRATO / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Efectos

En lo concerniente a las normas que se refieren a la suspensión unilateral del contrato por parte del Municipio, la Sala estima, en primer lugar que dichas normas por guardar relación con uno de los efectos de los contratos, como lo es la suspensión temporal, debe regularse por la Ley y no por las normas fiscales de orden local; en segundo lugar, existe manifiesta discordancia, entre el precepto legal y las normas *sub examine*, pues, estas no prevén que al tenor del aquél la suspensión temporal solamente procede

por circunstancias de fuerza mayor a de caso fortuito y que la decisión se adopte de común acuerdo entre las partes contratantes.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. , cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente no. 2571 Recurso de Apelación contra el auto de 16 de Junio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío. Actor: SAUL GIRALDO GARCIA.

Se decide de plano el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Municipio de Armenia contra el auto de 16 de junio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto suspendió provisionalmente en sus efectos los artículos 51 inciso 2°., 61 último inciso, 62 numeral 5°. y último inciso del parágrafo único, 65 literal c), 76, 77 numeral 5°, 78, 79, 80, 86, 89, 100, 134 inciso 2°., 214, 218, 222, 223, 225, 227, 228, 230, 233 parágrafo primero, 234, 235, 236, 237 inciso 2°, 254 literal d) y parágrafo único, 261 inciso 2°. , 319 numerales 3°.y 6°. 368 numeral 3°., 370 numeral 8°., 402, 403, 421 inciso 2°. , 428 inciso 2°. , 429 numeral 5°. , 432 parágrafo, 443, 455, 558, 183, 189 parágrafo único, 191, 248, 251 literales e) y f) 312 parágrafos 1°. y 2°.,487 parágrafo único,. 349, 350, 439 parágrafo único, 440 parágrafo 2°., 362 y 385 del Acuerdo No. 015 de 1°. de diciembre de 1992 "Por medio del cual se expide el Código Fiscal del municipio de Armenia", dictado por el Concejo de Armenia (Quindío).

I-. LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Para decretar la suspensión provisional de los artículos antes mencionados del Acuerdo No. 15 de 1°. de diciembre de 1992, contentivo del Código Fiscal del municipio de Armenia, el *a-quo* razonó, en lo pertinente, de la siguiente manera:

1o. Los artículos 51 inciso 2°. , 61 último inciso, 62 numeral 5°. y último inciso del parágrafo único, 65 literal c) , 76, 77 numeral 5°. 78, 79, 80, 86, 89, 100, 134 inciso 2°., 214, 218, 222, 223, 225, 227, 228, 230, 233 parágrafo primero, 234, 235, 236, 237 inciso 2°., 254 literal d) y parágrafo único, 261 inciso 2°, 319 numerales 3° y 6° , 368 numeral 3°, 370 numeral 8°, 402, 403, 421 inciso 2°., 428 inciso 2°, 429 numeral 5° , 432 parágrafo, 443, 455 y 558, infringen *prima facie* los artículos 150 numeral 23, 209 y 269 de la Constitución Nacional. En efecto,

es al Congreso que le corresponde hacer las leyes, y mediante una de ellas señalará los términos en que se ejercerá el Control Interno de la Administración Pública. De allí que mientras dicha ley no sea expedida, mal puede el Consejo Municipal arrogarse la facultad de reglamentar métodos y procedimientos de algo cuyo origen legal aún no existe.

2o. Los artículos 183 y 189 en su parágrafo único del acto acusado constituyen violación frontal de los artículos 114 y 122 del Decreto Ley 1333 de 1986 y los artículos 51 y 94 de la Ley 38 de 1989, ya que una vez declaradas infundadas las objeciones, tras la reconsideración que haga el Consejo Municipal del proyecto de Acuerdo el Alcalde debe sancionarlo sin poder presentar nuevas objeciones; además no cabe la figura jurídica de la repetición de presupuesto.

3o. El artículo 191 viola claramente el artículo 83 de la Ley 38 de 1989, porque lo que está ordenado legalmente es la repetición del presupuesto del año anterior, en su conjunto.

4o. Los artículos 248 y 251 literales e) y f) infringen frontalmente el artículo 354 parágrafo único de la Constitución, ya que es al Gobierno Municipal y no al titular del ente fiscalizador a quien corresponde enviar al Consejo Municipal el balance de hacienda.

5o. Los artículos 312 parágrafos 1°. y 2° y 487 parágrafo único claramente violan el Decreto Ley 222 de 1983 en su artículo 56, porque hay un evidente fraccionamiento del contrato prohibido por la ley de contratación administrativa, y la figura aquí contemplada excepcionalmente se permite ante la presencia de un único proveedor de bienes y servicios.

6o. Los artículos 349 y 350 entran a violar en forma frontal los artículos 69 del Decreto Ley 222 de 1983 y 47 de la Ley 11 de 1986, ya que despoja a la Contraloría de su facultad legal de reglamentar lo concerniente a las garantías como cláusula obligatoria en los contratos de la Administración.

7o. El artículo 362 transgrede directa y evidentemente el artículo 20 del Estatuto de Contratación Administrativa, por cuanto el objeto de los contratos en virtud de la ley, nunca podrá ser variado, ya que ello constituiría un nuevo contrato, diferente al realizado originalmente.

8o. El artículo 385 viola el contenido de los artículos 82 y 90 del Decreto Ley 222 de 1983, porque estos contratos enumerados no se clasifican como tales en el Estatuto Contractual.

9o. Los artículos 439 parágrafo único y 440 parágrafo 2° infringen directamente el artículo 57 del Decreto Ley 222 de 1983, porque la suspensión temporal de los contratos administrativos solo puede tener operancia ante las circunstancias señaladas en la ley, fuerza mayor o caso fortuito.

II-. FUNDAMENTO DEL RECURSO.

El apoderado del Municipio de Armenia para impetrar la revocatoria del auto impugnado, aduce principalmente lo siguiente

Los artículos 51 inciso 2°, 61 último inciso, 62 numeral 5° y último inciso del parágrafo único, 65 literal d), 76, 77 numeral 5°, 78, 79, 80, 86, 89, 100, 134 inciso 2o., 214, 218, 222, 223, 225, 227, 228, 230, 233 parágrafo primero, 234, 235, 236, 237 inciso 2o., 254 literal d) y parágrafo único, 261 inciso 2° 319 numerales 3° y 6° , 368 numeral 3° 370 numeral 8°, 402, 403, 421 inciso 2°, 428 inciso 2°, 429 numeral 5°., 432 parágrafo, 443, 455 y 558,efectivamente hacen relación a actividades que debe desarrollar el agente del control interno en relación con actos propios de la Administración y para ante sus gobernados. No escapa a la Administración Municipal que los artículos 209 y 269 hacen relación a que todas las entidades públicas y entidades territoriales deben diseñar y aplicar, según las funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley. Pero nada impide que los entes territoriales y entidades públicas, mientras se expidan las leyes definitivas, hagan a través de sus entes facultados para ello, reestructuras y definiciones sobre aspectos que hagan relación con un control para beneficio de la Administración, como en el caso de Armenia que lo hizo a través del Concejo Municipal.

Al observar el proyecto de Ley 110 de 1992, en su artículo 4° parágrafo único, se advierte que sí se puede en los términos allí señalados brindarse apoyo a los entes territoriales y entidades públicas para el mayor beneficio de la Administración, a través de un control interno.

El artículo 183 acusado, hace relación es a la declaración que de no infundadas las objeciones hace el Tribunal Administrativo del Quindío y no a las que hace el Concejo Municipal y fácil es deducir que si no son infundadas las objeciones, debe sancionarse el acuerdo por el Alcalde. De tal manera que, no se está violando ninguna disposición legal.

Respecto del artículo 189 parágrafo único, le asiste razón al Tribunal.

El artículo 191 en su primera parte no viola el artículo 83 de la ley 38 de 1989, porque acoge la disposición de que si el presupuesto es declarado nulo, rige el anterior, y, en la segunda parte, no existe norma legal que prohiba que, si

la nulidad lo fue por vicio del trámite en el Concejo, no puede regir el inicialmente presentado en las sesiones ordinarias anteriores.

Los artículos 248, 251 literales e) y f), no violan el artículo 354 parágrafo único de la Constitución, por cuanto es la ley 42 de 1993 que hace claridad sobre el tema cuando en sus artículos 38 y 39 señala que es la Contraloría General de la República quien debe presentar a la Cámara de Representantes, antes del 31 de julio, la cuenta general del presupuesto y del tesoro correspondiente a dicho ejercicio fiscal. Para el caso de los entes territoriales lo será, en consecuencia, el Contralor Departamental o Municipal.

Los artículos 312 parágrafo 1° y 2° y el 487 en su parágrafo único, no violan la norma del artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983, por cuanto éste no es aplicable ni a los Departamentos, ni a los Municipios, teniendo en cuenta el inciso final del artículo 1° del citado Decreto Ley.

Los artículos 349 y 350 tampoco violan el 69 del Decreto Ley 222 de 1983 ni el 47 de la Ley 11 de 1986, porque al igual que el anterior punto los artículos que se suponen violados no se ubican dentro de las disposiciones del 222 que si se aplican a los Departamentos y Municipios. Ellos hacen relación a requisitos para la formación, adjudicación, celebración y disposiciones fiscales, que en el caso de las entidades territoriales se rigen por las normas que expidan los Consejos, como bien lo dice al punto seguido final de inciso primero del artículo 47 de la ley 11 de 1986.

El artículo 362 no viola el artículo 20, del Decreto Ley 222 citado, porque si bien es cierto que éste es aplicable a los Departamentos y Municipios, también lo es que la disposición atacada no está cambiando la clase y el objeto del contrato, ya que no varía la obra contratada sino que se aumenta ésta para el mismo fin; no se refiere a modificación de condiciones técnicas para la ejecución del contrato; no se refiere a irrespetar las ventajas económicas que se hayan dado al contratista; no se viola el equilibrio financiero entre las partes y no dice que deban reconocerse al contratista los costos nuevos provenientes de alguna modificación.

El artículo 385 no viola las normas de los artículos 82 y 90 del Decreto 222 citado, por cuanto mientras la disposición acusada hace referencia a clasificación y naturaleza de los contratos, el artículo 82 hace relación a "formas de pago en los contratos de obra" y el 90 *ibídem* se refiere a "contratos de administración delegada". Nótese que la clasificación principal que se hace en él artículo 385 es igual a la señalada en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983.

Las disposiciones consagradas en los artículos 439 parágrafo único y 440 parágrafo 2°, no violan el artículo 57 perteneciente al capítulo V del Decreto Ley 222 de 1983, porque éste no está ubicado dentro de las normas que deban aplicarse en los Departamentos y Municipios a que se refiere el artículo 1°. inciso final de la misma obra.

III-.CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sobre las censuras formuladas por el recurrente, la Sala anota:

En lo concerniente al primer grupo de normas del Acuerdo acusado referentes a las actividades del agente de control interno en relación con actos propios de la Administración, se aprecia claramente la inobservancia de los artículos 209 y 269 de la Constitución Política, los cuales ordenan con diafanidad que dicho control interno "se ejercerá en los términos que señale la ley" y en cuanto a métodos y procedimientos "de conformidad con lo que disponga la ley", respectivamente.

En consecuencia, mientras el Congreso Nacional, organismo que le corresponde hacer las leyes al tenor de lo dispuesto en el artículo 150 de la Carta Política, no expida la correspondiente ley en lo atinente a ese aspecto de la Administración Pública no puede ninguna entidad del Estado arrogarse la facultad de reglamentar métodos y procedimientos de control interno, como así lo hizo el Concejo Municipal de Armenia a través de las normas objeto de estudio. Por lo tanto, no es acertada la afirmación del recurrente en cuanto a que nada impide que los entes territoriales y entidades públicas, mientras se expidan las leyes definitivas y sobre el tema general y específico, hagan a través de sus entes facultades para ello, reestructuras y definiciones sobre aspectos que hagan relación con un control para beneficio de la Administración.

De otra parte, el proyecto de Ley 110 de 1992, mientras no constituya Ley, no habilita a las entidades estatales a pronunciarse sobre métodos y procedimientos de control interno, en relación con la carta del Contralor General de la República al señor Presidente tampoco legaliza la actuación del Consejo Municipal de Armenia, pues, entre otras cosas, ésta tiene fecha 15 de marzo del presente año y el Consejo expidió el Acuerdo acusado el 1°. de diciembre de 1992.

Por lo anotado, le asiste razón al Tribunal al decretar la medida precautoria de los efectos de los artículos sobre el control interno del acto demandado por infringir en forma ostensible y manifiesta los artículos 150 numeral 23, 209 y, 269 de la Constitución Política.

En lo tocante con las demás disposiciones suspendidas provisionalmente, cabe precisar lo siguiente:

a): El artículo 183, el cual se refiere a las objeciones declaradas infundadas del proyecto de Acuerdo por parte del Tribunal, es manifiestamente violatorio del artículo 114 del Decreto Ley 1333 de 1986, porque de su texto se deduce que el Alcalde debe sancionar inmediatamente, es decir, sin sujeción a término alguno, el proyecto que reconsiderado por el Consejo Municipal fuere aprobado ya que no puede presentar nuevas objeciones respecto del mismo, así como el proyecto de Acuerdo respecto del cual el Tribunal Contencioso Administrativo haya adoptado la decisión de declararlo válido por estar ajustado a la Constitución y a la Ley. Por esta razón los efectos de las expresiones "... dentro de los términos previstos en el Código de Régimen Municipal" y "...y si no lo hiciere, se entenderá sancionado por el solo hecho de la expiración del plazo" deben ser suspendidos provisionalmente.

En consecuencia, sobre el primer aspecto está acertada la medida precautelativa, con la salvedad de que esta solo afecta las expresiones anteriormente anotadas.

Como quiera que el impugnante en el escrito sustentatorio de la daman da se muestra expresamente conforme con la declaratoria de suspensión provisional del artículo 189 al expresar que: "En referencia al artículo 189 parágrafo único, le asiste razón al Tribunal", esta circunstancia releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

b):En lo que respecta a la suspensión provisional de los efectos del artículo 191 del Acuerdo acusado por ser, violatorio del artículo 83 de la Ley 38 de 1989, advierte la Sala que, en principio la primera parte de dicha disposición se encuentra en armonía con el precepto contenido en el artículo 83 de la citada Ley 38 de 1989, como quiera que ésta prevé ante la declaratoria de inexequibilidad de la Ley que apruebe el presupuesto general de la Nación en su conjunto que continúe rigiendo el presupuesto del año anterior. Por esta razón habrá de revocarse la medida precautoria que cobijo el primer aspecto de la nulidad del presupuesto en ejecución.

Pero como quiera que la segunda parte del aludido artículo 191 contempla la posibilidad de que siga rigiendo "el proyecto de presupuesto presentado por el Gobierno Municipal, en las sesiones ordinarias anteriores, con las modificaciones propuestas por el Gobierno", cuando fuere decretada la nulidad por vicios de trámite en el Concejo Municipal, considera la Sala que infringe el referido artículo 83 de la ley 38 de 1989, pues éste al referirse a la declaratoria de inexequibilidad de la Ley que aprueba el presupuesto General de la Nación

en su conjunto no hace distinción alguna en cuanto a vicios de fondo o de forma que motiven tal declaratoria de manera pues que si la Ley es clara, no le es dable al intérprete entrar a hacer distinciones con consecuencias jurídicas que ella no hace. Por esta razón se mantendrá, en cuanto a segunda parte del artículo 191, la medida precautoria decretada por el *a- quo*, y así se precisará en la parte resolutiva de este proveído.

c): En lo tocante a la evidente transgresión del parágrafo del artículo 354 de la Constitución Política, por parte de los artículos 248 y 251 en sus literales e) y f), del acto acusado, los cuales informan que corresponde al Contralor Municipal presentar el balance general del Municipio al Concejo y a la Oficina de Contabilidad Municipal producirlos para el informe mensual y anual, estima la Sala que no basta una simple confrontación de las normas acusadas con el parágrafo único del artículo 354 de la Constitución Política para establecer la violación, pues es menester analizarlas coordinadamente con el contenido de otras disposiciones constitucionales y particularmente las que señalan las funciones del Contralor General de la República, verbigracia el artículo 268, análisis éste impropio de efectuar *ab initio* del proceso.

Esta consideración es suficiente para revocar el decreto de suspensión provisional que recae sobre las aludidas normas.

d): En lo que respecta al quebrantamiento del artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983 por parte de los artículos 312 en sus parágrafos 1° y 2° y 487 en su parágrafo único del acto acusado, precisa la Sala lo siguiente:

Las normas acusadas prevén que no se considera fraccionamiento de los contratos la provisión permanente y periódica de elementos para el mantenimiento de los servicios de la Administración, la adquisición permanente y periódica de aquellos elementos indispensables para la construcción cuyo comercio está restringido por deficiencia en su producción, importación o distribución y cuando la ejecución de una obra se haga por sectores pues cada uno de estos puede ser contratado por separado con distintos contratistas.

Dado el contenido enunciado la Sala considera que ellas no pueden quebrantar el artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983 por cuanto el fraccionamiento de los contratos es materia atinente a la formación de los mismos, cuya regulación, como acertadamente lo manifiesta el recurrente, no compete a la ley, por no estar incluída en el inciso final del artículo 1°. del expresado Decreto Ley, y sí a los Concejos.

Debe pues revocarse la medida de suspensión provisional que pesa sobre dichos preceptos:

e): En cuanto concierne a los artículos 349 y 350 del Acuerdo acusado, que se refieren a la cuantía y término de las garantías en los contratos que celebre el Municipio, sus Entidades Descentralizadas y la ampliación, oportunidad, montos mínimos, valor incierto de esos contratos, estima la Sala que no transgreden el artículo 69 del Decreto Ley 222 de 1983, así como tampoco el artículo 47 de la Ley 11 de 1986, dado que sobre dicha materia estas normas superiores no contemplan regulación alguna, razón por la cual bien podía determinarla el Concejo, como en efecto lo hizo en los artículos acusados.

Debe pues, a este respecto, revocar la decisión de suspensión provisional.

f): En lo tocante a la manifiesta transgresión del artículo 20 del Estatuto de Contratación Administrativa, que se refiere a la prohibición de modificar unilateralmente el objeto de los contratos administrativos, por parte del artículo 362 del Acuerdo Municipal demandado, que alude a la modificación del objeto en los contratos, asiste razón al Tribunal en cuanto a que el objeto de los contratos de acuerdo con la ley, nunca podrá modificarse, porque constituiría un nuevo contrato, distinto al celebrado originalmente.

Por esta razón se confirmará la medida cautelar decretada a este respecto.

g):En lo referente a la violación de los artículos 82 y 90 del Decreto Ley 222 de 1983, por parte del artículo 385 del acto acusado, la Sala no la observa dado que mientras el artículo 385 alude a la clasificación y naturaleza de los contratos que celebra la Administración Municipal el artículo 82 del Estatuto de Contratación Administrativa se está refiriendo es a las formas de pago en los contratos de obra y el artículo 90 *ibídem* hace alusión clara a los contratos de administración delegada, esto es, se trata de materias diferentes, como bien lo anota el recurrente.

Por lo demás, en este punto el Tribunal no hizo la confrontación con las normas que señaló el actor como violadas, es decir, los artículos 16 y 80 del Decreto Ley 222 de 1983, lo cual denota una ligereza inexplicable, impropia en esta clase de decisiones, aspecto éste que no puede analizar la Sala por no ser materia del recurso.

En consecuencia, habrá de revocarse el auto apelado en cuanto al artículo 385 se refiere.

h): En lo concerniente a la violación del artículo 57 del Decreto Ley 222 de 1983 por parte de los artículos 439 parágrafo único y 440 parágrafo 2° del acto acusado, los cuáles se refieren a la suspensión unilateral del contrato por parte del Municipio y los derechos del contratista cuando la suspensión o

terminación del contrato ocurre por inconveniencia en los precios pactados, la Sala estima, en primer lugar, que dichas normas por guardar relación con uno de los efectos de los contratos, como lo es la suspensión temporal, debe regularse por la Ley y no por las normas fiscales de orden local, en segundo lugar, existe manifiesta discordancia entre el precepto legal y las normas *sub examine*, pues estas no prevén que al tenor de aquél la suspensión temporal solamente procede por circunstancias de fuerza mayor o de caso fortuito y que la decisión se adopte de común acuerdo entre las partes contratantes.

Estas consideraciones justifican la confirmación del proveído objeto del recurso a este respecto.

En virtud de las consideraciones precedentes, se revocará parcialmente el auto objeto del recurso, y así se dispondrá en la parte resolutiva de este proveído.

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

RESUELVE

1o): **MODIFICASE PARCIALMENTE** el auto apelado en el sentido de que la suspensión provisional decretada respecto de los artículos 183 y 191 del Acuerdo No. 15 de 1°. de diciembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Armenia, se circunscribe únicamente a las expresiones: "...dentro de los términos previstos en el Código de Régimen Municipal y "... se entenderá sancionado por el sólo hecho de la expiración del plazo", contenidas en el artículo 183; y a la parte "...si la nulidad fuere decretada por vicios de trámite en el Concejo Municipal, regirá el Proyecto de Presupuesto presentado por el Gobierno Municipal a consideración del Concejo Municipal en las sesiones ordinarias anteriores, con las modificaciones propuestas por el Gobierno" , contenida en el artículo 191;

2o): **REVOCASE** el auto apelado en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 248, 251 literales e) y f) 312 en sus parágrafos 1° y 2° , 487 en su parágrafo único, 349, 350 y 385 del mismo Acuerdo, y, en su lugar, se dispone: **DENIEGASE** la suspensión provisional respecto de los mencionados artículos.

3o):**CONFIRMASE** en sus demás partes el auto apelado.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 30 de septiembre de 1993

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SORTEO EXTRAORDINARIO / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Facultades

La Circular en los literales a) y b) del artículo impugnado, no hace otra cosa que remitirse para los casos de explotación del Sorteo Extraordinario, en forma individual o en forma asociada, a las modalidades establecidas para cada uno de ellos, en los artículos 4o. y 5o. del Decreto 971 de 1990. De otra parte, tampoco observa la Sala en forma clara criterio alguno de interpretación en lo dispuesto en los tres últimos incisos del artículo impugnado, pues en ellos lo que se advierte a primera vista son los propósitos de la Superintendencia de que se dé correcta aplicación a los ya citados artículos 4°. y 5°. del Decreto 971 de 1990. Si se compara lo expresado en el artículo séptimo de la Circular Externa No. 02 con lo estipulado en los artículos 4°. y 5° existe una completa compatibilidad normativa. No dice su texto que se debe interpretar el Decreto en tal forma, o cual manera, sino que en forma enfática reclama la sujeción estricta a lo que en él se dispone. Se ha resaltado la manifestación reiterada y expresa, consignada en la Circular demandada de que la elaboración de los planes allí enunciados, deberá sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el Decreto 971 de 1990. La expresión "esto es", viene a ser en el caso presente una simple forma de manifestar que lo que seguidamente se dice es lo que ya estaba en el texto del Decreto aludido. No se está fijando allí el sentido de ninguna ley oscura ni se están haciendo interpretaciones de otra índole; no aparece postulado alguno en el texto de la circular que así lo demuestre.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia : Expediente No. 2323. Autoridades Nacionales Actor: JESUS MARIA CARRILLO B.

Entra la Sala a decidir la demanda de nulidad parcial Interpuesta contra la Circular Externa No. 02 del 24 de febrero de 1993, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

LA ACCION.

En libelo presentado el 24 de marzo de 1993, el actor de la referencia solicita a esta Corporación que produzca una sentencia en la que se declare "Que es nula parcialmente la Circular Externa No. 02 del 2". Fundamenta su petición en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Dice el demandante que "La Superintendencia Nacional de Salud, el 24 de febrero de 1993 por Circular Externa 02, con una fundamentación ambigua y sin soporte legal definido, tomó definiciones, unas realmente ajustadas a su función y en acatamiento de facultades legales, y de los criterios que para ese efecto le tiene señalados la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia». Agrega que a la Superintendencia de Salud "ciertamente le corresponde proveer herramientas para la inspección y vigilancia, velar por la eficiencia y correcto destino y manejo de los fondos percibidos y administrados por quienes no son sus inferiores".

Manifiesta que "en cambio, en el numeral 7° de la demandada circular, titulado aplicación del Decreto 971 de 1990, cuando emplea la expresión "deberán sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el Decreto 971 de 1990, esto es", adopta la actitud de legislador".

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Afirma el actor que con el acto acusado, se han violado los artículos, 287, 288 y 298 de la Constitución política. Así también, el artículo 4o. y el 150 de la misma Carta. Dice además, que la Circular acusada, rompe el orden jurídico fijado por el artículo 25 del Código Civil cuyo texto reza:

> "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador".

Al explicar el concepto de la violación, afirma:

"El Superintendente Nacional de Salud, es una autoridad administrativa dentro de la rama ejecutiva del poder público, en razón de lo cual tiene funciones propias, que le son señaladas, antes por el Decreto 1472 de 1990, hoy por el Decreto 2167/92, cuyos límites fueron fijados por la Honorable Corte Suprema de Justicia en atención, a la nueva Constitución Nacional en sentencia del 29 de noviembre de 1991. Ni es función de la Superintendencia aprobar planes de premios, ni tampoco lo es interpretar la ley por vía general porque no "circular" no sería el Idóneo para el establecimiento de pautas generales, pues la potestad reglamentaria radica en instancias y mecanismos diferentes".

Torna luego el actor a mencionar otras normas violadas, concretamente el artículo 5°. numeral 4°. pero sin aludir a qué estatutos corresponden dichas normas. Y concluye diciendo que "en resumen se viola la jerarquía normativa, se plantea abuso de la potestad reglamentaria; se interpreta por vía general y se desconoce la sentencia de la H. Corte y la doctrina del H. Consejo de Estado".

Solicita además el nulidiscente en su demanda que, para los efectos del artículo 207 del C.C.A., se fije el monto que debe consignar para garantizar las expensas del proceso (fl.11).

Debe decirse de una vez, que dicho monto fue fijado en el auto admisorio de la demanda (fl. 20), en la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) los que nunca fueron consignados por el actor, según informe secretarial visible a folios 64 y 70 de expediente.

INTERVENCION DE LAS PARTES Y DEL MINISTERIO PUBLICO. ALEGATOS DE CONCLUSION.

Notificada la demanda al señor Superintendente Nacional de Salud, éste no respondió ni se hizo representar en el proceso. Tampoco presentó alegatos de conclusión. En este momento procesal el demandante también guardó silencio.

La señora Procuradora Delegada, por su parte, rinde su concepto en el sentido de que "procede un pronunciamiento inhibitorio debido a la inexistencia de un acto administrativo propiamente dicho en el acápite atacado de la Circular en referencia".

Explica en su concepto la colaboradora del Ministerio Público, manifestando que "Leído con atención el numeral 7°. de la Circular 002 traída a juicio bien puede advertirse que no se está frente a un acto administrativo

propiamente dicho, que cree, modifique o extinga una situación jurídica, sino frente a un llamado de atención para que se dé cumplimiento a las normas del Decreto reglamentario sobre los Sorteos Extraordinarios de Loterías.

"Y siendo así, no quedaría otra salida que proferir un pronunciamiento inhibitorio".

LA SALA CONSIDERA Y DECIDE:

En la parte introductoria de la circular traída a juicio, se dice que: "...en armonía con las disposiciones legales, se le faculta a la Superintendencia para dictar y ejecutar las providencias de carácter administrativo necesarias para el eficaz cumplimiento de los objetivos que se le han señalado, siendo el presente instructivo la reiteración de una parte del marco legal a que se encuentran sometidas las loterías, proveyendo no solo herramientas que facilitan y hacen posible su cumplimiento y por ende la inspección y vigilancia que le es propia a esta entidad, sino también el desarrollo de nuestro objetivo superior como lo es el de lograr progresivamente en las loterías una mayor eficiencia en el manejo de sus recursos que se traduzca en mediano plazo en un acrecimiento de los mismas a favor del Sector de la Salud".

De acuerdo con el postulado transcrito, es evidente que el acto demandado al pretender, entre otras cosas, provisión de las herramientas que faciliten y hagan posible el cumplimiento de los objetivos señalados a la Superintendencia en las disposiciones legales, está incurso dentro del concepto de actos administrativos que el Código de la materia definía, en el Inciso segundo del artículo 83 antes de la actual reforma, como "las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia". Ya en 1983 esta Corporación había señalado como los elementos de la existencia de los actos administrativos, los siguientes: 1. Decisión de la Administración. 2. Que ella produzca efectos de derecho (Sentencia de febrero 15. Exp. 3762). De acuerdo con estas pautas, es indudable que, teniendo en cuenta el objeto y las consecuencias que se esperan del acto examinado, también a este se extiende el debido control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No comparte entonces la Sala el concepto de la señora Delegada del Ministerio Público en el sentido de que, en el caso *sub iuris*, "no queda otra salida que proferir un pronunciamiento inhibitorio".

Ya dentro de la materia a decidir, se debe hacer resaltar la deficiente entidad que tiene el libelo inicial, como demanda propiamente dicha. La falta de organización tanto en la exposición como en la citación de las normas superiores

que el acto considera infringidas, así como la falta de concreción en la explicación de esa violación, dificultan la labor del juzgador, más aún cuando la misma pretensión que es imprecisa y vaga cuando se solicita que se, declare nula parcialmente la Circular acusada, sin señalarle topes a esa parcialidad como si se dejara *ad libitum* de la Sala el hacerlo.

Lo anterior, que podría naturalmente configurar una Ineptitud de la demanda, conlleva a interpretar la misma en el sentido ya enunciado en el auto que niega la suspensión provisional, de que es el artículo 7º del acto acusado el objetivo del ataque del actor teniendo en cuenta la afirmación que seguidamente se transcribe:

"La Circular viola directamente normas precisas en forma evidente, por lo cual procede la suspensión provisional en forma inmediata, del contenido del numeral 7º de la Circular 02 del 24 de febrero de 1993".

El texto de dicho artículo es el siguiente:

"7º. APLICACION DEL DECRETO 971 DE 1990.

"La elaboración de Planes de Premios que tengan por objeto explotar derechos de Sorteos Extraordinarios, salvo disposición legal en contrario, deberán sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el Decreto 971 de 1990, esto es:

"a. Si se trata de explotar un derecho de Sorteo Extraordinario en forma individual, deberá optarse para su emisión por cualquiera de las modalidades de que trata el articulo 4o. *ibídem*, y

"b. Si se trata de explotar más de un derecho de Sorteo Extraordinario en forma asociada, deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5o. *ibídem.*

"Para la correcta aplicación de la acumulación de que trata el numeral 3 del artículo 5º. *ibídem*, las sociedades o loterías que actualmente vienen explotando los Sorteos Extraordinarios, deberán enunciar de manera precisa, en los Planes de Premios, el nombre de la lotería que aporta el derecho, de tal forma que en la acumulación que así se verifique se entenderá que los derechos respectivos se ejercitaron y agotaron definitivamente, y por lo tanto no pueden volver a jugar en el respectivo año.

"Como bien lo dispone el numeral 4 del artículo 5º. *ibídem*, cuando se realice la explotación conjunta, cada derecho aportado dará lugar al empleo

de cualquiera de las modalidades de emisión señaladas en el artículo 4o. *ibídem.*

"Para el cabal cumplimiento de lo previsto en el artículo 5o. precitado, cada sorteo a realizarse en el año requerirá su propio Plan de Premios, en el cual se especificará el número de derechos a jugarse, el nombre de las loterías que aportan el derecho y la(s) modalidad(es) de emisión que se hubiera escogido".

No habiéndose presentado en el transcurso del proceso, hechos o pronunciamientos que puedan hacer variar los criterios expresados por la Sala en el auto admisorio de la demanda, en las consideraciones atinentes a la denegación de la suspensión provisional del acto demandado que había sido solicitada por el actor, sigue teniendo actualidad lo que entonces se dijo y que ahora constituye motivación de la decisión a tomar:

"...la Circular en los literales a) y b) del artículo Impugnado, no hace otra cosa que remitirse para los casos de explotación del Sorteo Extraordinario, en forma individual o en forma asociada, a las modalidades establecidas para cada uno de ellos en los artículos 4°. y 5°. del Decreto 971 de 1990.

"Esta remisión y sujeción se observa en lo dispuesto en el siguiente aparte de la disposición demandada:

""La elaboración de Planes de Premios que tengan por objeto explotar derechos de Sorteos Extraordinarios, salvo disposición legal en contrario, deberán sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el decreto 971 de 1990". (Subraya la Sala).

"De otra parte, tampoco observa la Sala en forma clara criterio alguno de Interpretación en lo dispuesto en los tres últimos incisos del artículo impugnado, pues en ellos lo que se advierte a primera vista son los propósitos de la Superintendencia de que se de correcta aplicación a los ya citados artículos 4°. y 5°. del Decreto 971 de 1990.

"Si se compara lo expresado en el artículo séptimo de la Circular Externa No. 02 con lo estipulado en los artículos 4°. y 5°. existe una completa compatibilidad normativa. No dice su texto que se debe interpretar el Decreto en tal o cual manera, sino que en forma enfática reclama la sujeción estricta a lo que en él se dispone.

"Lo anterior sin dejar de observar que el artículo 4°. del Decreto 971 de 1990, uno de los supuestamente reglamentados por el acto acusado, fue

declarado nulo por el Consejo de Estado, en providencia del 16 de abril de 1993, expediente No. 2094, actor Fabio Augusto Leyva Medina».

Al manifestar el actor que se asume una actitud de legislador cuando, en la Circular demandada, se emplea la expresión "deberán sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el Decreto 971 de 1990, esto es: "aduce que con ello se rompe el orden jurídico fijado por el articulo 25 del Código Civil, según el cual "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador"".

La afirmación del demandante queda ampliamente desvirtuada con las consideraciones que se han venido haciendo en este proveído en las que se ha resaltado la manifestación, reiterada y expresa, consignada en la Circular demandada de que la elaboración de los planes allí enunciados, deberá sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el Decreto 971 de 1990. La expresión "esto es", viene a ser en el caso presente una simple forma de manifestar que lo que seguidamente se dice es lo que ya estaba en el texto del Decreto aludido. No se está fijando allí el sentido de ninguna ley oscura ni se están haciendo interpretaciones de otra índole; no aparece postulado alguno en el texto de la circular que así lo demuestre y ni siquiera el demandante pudo señalar giro gramatical, expresión o frase que le de sustento a lo que afirma.Todo el discurso de su *libelo* se distrae en acusaciones sobre violación de normas constitucionales, sobre vulneración de la autonomía departamental y del derecho de propiedad de los departamentos sobre el monopolio de las loterías y en la cita de conceptos genéricos que, aunque enraizados en principios constitucionales, no dejan de ser recursos retóricas sin consistencia sustancial, sin fundamento en el caso concreto sometido a análisis y a juzgamiento. Así, por ejemplo, el actor que "con la expedición del acto acusado se infringe el artículo 4°. de la Constitución Nacional. La carta fundamental es norma de normas y esta norma establece además la pirámide jerárquica de las normas, las cuales deben respetarse sin contrariar mandatos superiores". No dice, sin embargo, qué parte de la circular, cuál disposición agrede esas normas constitucionales.

Dentro de la incoherente presentación de la demanda se encuentra, como ya se dijo, la mención de unas normas violadas el decir del actor, pero sin ubicación en un ordenamiento determinado. Cree pertinente la Sala advertir, para concluir así estas consideraciones, que si se está haciendo referencia al artículo 5°. numeral 4° del mismo Decreto 971 de 1990, la acusación carece de lógica y de fundamento por lo que seguidamente se explica:

Dice el actor: "Con el contenido de la circular se viola el artículo 5°. numeral 4 que permite la explotación conjunta y con ella la selección de

diferentes formas de emisión contenidas en el artículo 4º.".

Dice, por su parte, el literal b. del artículo 7º que se estudia: "Si se trata de explotar más de un derecho de Sorteo Extraordinario en forma asociada, deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5º *ibídem*". Y éste reza en su primer inciso: "Las entidades autorizadas para realizar sorteos extraordinarios de lotería podrán hacerlo independientemente o asociarse entre sí para explotarlos conjuntamente".

Si son estas las normas a las que se refiere el accionante, la contradicción no aparece. Y su afirmación debió ser acompañada de la explicación pertinente en cumplimiento de lo exigido por el artículo 137 numeral 4) del Código Contencioso Administrativo.

Encuentra ésta Corporación, en conclusión, que el acto acusado, visto a través de la demanda que lo trae a juicio, está ajustado a derecho.

En concordancia con lo expuesto y en desacuerdo con el concepto con la señora Procuradora Delegada, 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.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la sala en reunión celebrada el dia ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

*Miguel González Rodríguez,*Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

DECRETOS DE MODERNIZACION DEL ESTADO / ACTO ADMINISTRATIVO / SUSPENSION PROVISIONAL / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA RESIDUAL

Los Decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, en razón de autoridad que los profiere: el Gobierno Nacional, son ACTOS ADMINISTRATIVOS. Cosa diferente 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 2o. para juzgar esos Decretos, tal juzgamiento supone necesariamente el trámite consagrado en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales contempla la medida de suspensión provisional cuando se reúnan 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 del Carta Política.

GOBIERNO NACIONAL - Facultades / MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE / PLANTA DE PERSONAL - Modificaciones / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad

La función de modificar o adecuar la estructura interna y la planta de personal de la Administración Central 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. La consideración enunciada constituye razón suficiente para que se revoque la

medida de suspensión provisional recurrida, y así se hará en la parte resolutiva de este proveído, dado que el plazo a que se refiere el artículo 160 tiene que ver con la adecuación de la estructura interna y de la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus entidades adscritas o vinculadas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente no. 2339 Acción Nulidad Actor: ARMANDO NOVOA GARCIA Y OTROS

Se decide el recurso de reposición interpuesto oportunamente por la apoderada de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, contra el auto de 6 de Agosto del presente año, en cuanto en su punto 2o. decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión "a más tardar 31 de diciembre de 1993", contenida en el artículo 160 del Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional", 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:

"... Para la Sala el cargo del actor es atendible y debe, en consecuencia, decretarse la medida precautoria de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993" contenida en el expresado artículo 160, dado que, como lo ha sostenido esta Corporación en varios pronunciamientos, el Gobierno excedió el plazo previsto en el precepto constitucional transitorio para fijar la planta de personal del Ministerio de Transportes y sus entidades adscritas y vinculadas, atribución ésta que es un desarrollo o consecuencia de las facultades de reestructurar, fusionar o suprimir, conferidas al Gobierno y que debía ejercer éste en el término perentorio e improrrogable de dieciocho meses..."

II-. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**:

Se aducen, en esencia, los siguientes argumentos:

1o): En el caso de un Ministerio o un Departamento Administrativo, la reestructuración, o sea, la modificación de la norma orgánica del mismo, se realiza durante el término de los 18 meses señalados por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política. Lo que realmente hace el Gobierno, no es darse facultades extraordinarias que prorroguen este término, sino establecer un plazo para que en ejercicio de las facultades permanentes que le confiere el artículo 189 numeral 14 de la Carta, realice las adecuaciones de personal que como consecuencia de la reestructuración deberían efectuarse en la planta.

En el caso de las entidades descentralizadas el fenómeno es similar. El plazo que fija el Gobierno en el Decreto, no es para extender las facultades otorgadas por la Asamblea Constituyente para reformarlas, sino que es una orden de carácter metodológico para las Juntas o Consejos de las mismas, por él presididos, con el fin de que expidan sus estatutos y plantas de personal dentro de un término, con base en las facultades permanentes que para ello le confieren los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968.

Si se tiene en cuenta que el Ejecutivo reunía todas las competencias la del Legislativo y la propia- y que transcurrido el plazo de 18 meses regresaron a su titular permanente, debe concluirse que la facultad de modificar la planta de personal retornó al Gobierno.

El artículo 160 demandado no amplía, entonces, el término para efectuar la reestructuración del Ministerio, sino que simplemente alude a la facultad ordinaria para realizar los cambios internos necesarios en virtud de la reforma.

En otras palabras la norma que se quiere suspender provisionalmente no regula "facultades excepcionales" sino competencia ordinarias propias del Gobierno.

Aunque para ejercerlas el Decreto acusado señaló un término, como una meta para hacer efectiva la modernización del Ministerio, lo hizo sin perjuicio de que posteriormente el Gobierno pudiera reformar la planta de personal, en virtud de su facultad permanente.

2o): Incompetencia del Consejo de Estado para suspender provisionalmente los Decretos expedidos por el Gobierno en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

Esos Decretos no son Extraordinarios ni Reglamentos Autónomos, sino se trata de verdaderas leyes en el sentido material.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Carta, el Consejo de Estado puede suspender provisionalmente únicamente actos administrativos del Gobierno, nó actos que tienen carácter de ley, en sentido material, como son los Decretos expedidos con base en las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

En consecuencia, aunque la competencia residual le confiere al Consejo de Estado el numeral 2o. del artículo 237 de la Carta para conocer de los Decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20, el artículo 238 no le permite la suspensión provisional de actos que no sean administrativos. Solo podrá suspender actos administrativos del Gobierno cuando se reúnan los requisitos del artículo 152 del C.C.A.

3o): Ausencia de los requisitos para decretar la suspensión provisional.

El artículo 152 del C.C.A. establece los requisitos que deben concurrir para que la entidad jurisdiccional declare la suspensión provisional de un acto administrativo.

Al hacer la comparación del artículo 20 transitorio de la Constitución Política con el artículo 160 del Decreto 2171 de 1992, se puede apreciar:

La norma constitucional ordena al Gobierno reestructurar, suprimir y fusionar entidades de la rama Ejecutiva, mientras que el Decreto acusado se refiere a que el Ministerio adecuará la estructura interna y la planta de personal, atribuciones esencialmente diferentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Decreto 2171 de 1992 no está extendiendo el término de la facultad constitucional pues se refiere a competencias y autoridades distintas.

En efecto, una cosa es reestructurar una entidad, para lo cual se había dado un mandato constitucional obligatoria y otra darle su estructura interna y planta de personal, facultad otorgada al Gobierno Nacional por el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política, como se explicó en el punto primero.

La norma constitucional atribuye facultades al Gobierno Nacional, mientas el artículo 160 del Decreto precisa el término durante el cual el Gobierno ejercerá sus propias atribuciones.

Mientras la norma constitucional establece un término de 18 meses el Decreto acusado establece uno de 12. Son términos diferentes, el segundo se cumplirá a partir de la verificación de primero. La reestructuración realizada durante los 18 meses conduce a que se ajusten la estructura interna y la planta de personal durante los 12 meses siguientes.

La suspensión provisional es una medida de carácter excepcional y, en consecuencia, de interpretación restrictiva, lo cual impide que se extienda su aplicación a normas que no tienen la naturaleza de acto administrativo, hecho que implica que no esté permitida por la ley.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1-. La censura planteada por la recurrente, sobre la incompetencia de esta Corporación para suspender provisionalmente los Decretos expedidos por el Gobierno en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, 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 diferente 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 2o. Para juzgar esos Decretos, tal juzgamiento supone necesariamente el trámite consagrado en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales contemplan la medida de suspensión provisional cuando se reúnan 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-. Respecto del aspecto de fondo, cabe precisar lo siguiente:

En el auto recurrido se ordenó la suspensión provisional de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993" contenida en el artículo 160 del Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992, porque excedió el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20 para llevar a cabo la 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 doctor 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 120 ordinal 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, y así se hará en la parte resolutiva de este proveído, dado que el plazo a que se refiere el artículo 160 tiene que ver con la adecuación de la estructura interna y de la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas.

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

RESUELVE:

1o): Tiénese al doctor LUIS FERNANDO TORRES VELA, como apoderado especial de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en los términos y para los efectos del poder y documentos visibles a folios 128 a 131 del expediente.

2o): Tiénese a la doctora MARCELA ROMERO DE SILVA, como apoderada sustituta de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 136 del expediente.

3o.): REVOCASE el punto 2o. del auto de 6 de agosto de 1993 Y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de la

expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993" contenida en el artículo 160 del Decreto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

*Miguel González Rodríguez,*Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

LICENCIA DE CONSTRUCCION / TRAFICO DE INFLUENCIAS Inexistencia / SERVIDUMBRE DE TRANSITO - Improcedencia / BIEN DE USO PUBLICO

No puede la actora reclamar que se le está imponiendo una servidumbre de tránsito, pues ella se predica en gravámenes que deben soportar bienes de propiedad particular, y nó de uso público como lo son la vía y los andenes. En lo tocante al segundo motivo de discrepancia, esto es, al tráfico de influencias para el otorgamiento de la licencia de construcción, tal aseveración no encuentra respaldo probatorio en el proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2352. Recurso de apelación contra la sentencia de 17 de febrero de 1993, proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: STELLA VARGAS DE ABRIL.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 17 de febrero de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES:

I.1.- La señora STELLA VARGAS DE ABRIL, a través de apoderado, en ejercicio de la acción que se denominaba de restablecimiento del derecho,

hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a que se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que son nulas: La Licencia de Construcción no. 025146 de 8 de junio de 1984, expedida por la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá, por medio de la cual se autorizan modificaciones y adiciones para la casa no. 1-13 de la calle 57, de la manzana F de la Urbanización denominada Ingemar de esta ciudad, que complementa la Licencia no. 3662 de 15 de julio de 1970; el Auto de 20 de septiembre de 1984, emanado del Procurador de Bienes del Distrito, Jefe de División *Ad hoc* de Control de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito, por medio de la cual se niega el recurso de reposición interpuesto contra la Licencia citada; la Resolución no. 05 de 24 de julio de 1985, expedida por la Jefe de la División de Control de Edificaciones de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá D.E., mediante la cual se confirma el Auto de 20 de septiembre de 1984; y la Resolución no. 336 de 16 de septiembre de 1985, expedida por el Secretario de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá, por la cual se resuelve el recurso de apelación confirmando la Licencia de Construcción No.025146 y declarando agotada la vía gubernativa. b): Que como consecuencia de la nulidad de los actos antes mencionados se restablezcan los derechos violados y reconocidos mediante la Licencia no. 4902 de 7 de diciembre de 1977, expedida por las autoridades del Distrito Especial de Bogotá, a la demandante, y, que, en el futuro, la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito especial de Bogotá, debe abstenerse en forma definitiva de otorgar permisos o licencias de construcción, que impliquen afectaciones a los derechos deferidos a la actora como modificaciones al reglamento de la urbanización Ingemar.

I.2.- Como fundamentos de derecho de la demanda se adujeron los siguientes cargos que pueden resumirse así:

1o): Competencia:

La Licencia no. 025146 del 8 de junio de 1984 establece implícitamente, de una parte, una servidumbre de tránsito sobre el predio de propiedad de la demandante, y, de otra, modifica el uso de la vía peatonal de la Calle 57 al convertirla en vehicular, a la vez que modifica o cambia el sentido de ubicación del predio de Ricardo Gómez Alaix, que por Decreto 022 de 1962, reglamentario de la Urbanización, se señaló y para lo cual se tuvo en cuenta la imposibilidad física de edificación sobre tal terreno y el loteo hecho mediante el plano 284-4. De manera que se presenta la falta de competencia del procurador de Bienes, designado Director de la División de Control de la Secretaría de Obras *ad-hoc*, por cuanto para establecer gravámenes como las servidumbres se requiere de sentencia judicial, al tenor de los artículos 937 y 939 del C.C., y para variar y modificar el reglamento del predio y de la Urbanización solo es viable mediante

Decreto del Alcalde Mayor de Bogotá, previa la aprobación de la Junta de Planeación.

2o): **Expedición irregular o vicios de forma.**

Como el artículo 207 del Acuerdo 7 de 1979 prescribe que la Secretaría de Obras expedirá la licencia cuando los planos cumplan con las normas de ese Acuerdo y con las especificaciones establecidas, la División de Control ad-hoc, no Puede, sin el lleno de los requisitos descritos en el Decreto 022 de 1962, y en especial en el parágrafo del artículo 8o., expedir la autorización para las modificaciones y adiciones a la licencia 3662 de 1970, pues las obras hechas varian el sentido de ubicación del inmueble. En consecuencia, es nula la Licencia no. 025146 que se sindica porque tales exigencias son connaturales al acto.

Además, conociendo el Distrito que la demandante es tercero determinado con interés en dicho asunto debió ser citada, tal como lo prescribe el artículo 14 del Decreto 01 de 1984.

Es nula la licencia que se ataca por tener vicios en su promulgación, pues no se indican los recursos que contra ella proceden.

Esta providencia de 20 de septiembre de 1984, mediante la cual se desató la reposición interpuesta, se profirió sin que se hubiera corrido traslado al beneficiario del acto impugnado, es decir, que no se le dió oportunidad de ejercitar la defensa a Ricardo Gómez, razón por la cual le interpuso la alzada y también en consideración a que no se decretaron las pruebas pedidas, las cuales, según la Resolución 336, no fueron de recibo, y por tanto, se desconocen los artículos 56 y siguientes del Decreto 01 de 1984, lo cual conduce a la violación del procedimiento gubernativo que es de orden público.

3o): **Desviación de poder.**

Los actos impugnados no se expidieron para proteger y preservar el orden público en sus elementos de salubridad, seguridad y estética públicas, conforme al artículo 122 del Código Nacional de Policía, sino en una forma arbitraria, configurando un abuso de poder, por lo siguiente: a): Móviles personales, pues se expidió con la participación del doctor Julio Sarmiento, Director de la División de Control, con quien Ricardo Gómez Alaix fomentó una gran amistad, pues él trabajó varios años en el Distrito. De modo que la licencia se expidió en consideración a la persona del beneficiario y para eso se desconocieron las normas legales; b): Móviles ocultos. La Administración al no manifestar las razones que la llevan a contradecir su propias declaraciones visibles en los oficios del Departamento de Planeación, de fechas 13 de septiembre de 1979 y

14 de junio de 1978, tiene motivos ocultos, extraños al interés comunitario, que no quiere confesar; c): Para impedir y obstaculizar el cumplimiento de varias sentencias la Licencia no. 025146 se expidió con el fin de impedir y obstaculizar la ejecución de sentencias, pues Ricardo Gómez Alaix desconoció continuamente la Licencia no. 3662 de 1970 y por ello las Inspecciones 2B de Policía, 2B Penal y 2A Distrital de Policía lo condenaron; d): Por fraude a la ley.- Como la norma realmente aplicable es el Decreto 022 de 1962, al eludirla se ha incurrido en fraude por parte de la Administración y del beneficiario al intentar el nacimiento de un derecho mediante disposiciones que no son correctamente aplicables al caso en controversia.

Por tanto, es nula la licencia y , por consiguiente, los actos posteriores que la confirman, pues contrarían además del Decreto 022, los derechos adquiridos con justo título por la demandante y falsean los artículos 16 y 30 de la Carta.

4o.): Violación de la regla de derecho de fondo.

Por error de derecho y flagrancia directa, por cuanto la Administración al expedir la Licencia impugnada actuó como si no existiera el Decreto 022 de 1962, y además, en el agotamiento de la vía gubernativa desconoció el procedimiento señalado en los primeros 60 artículos del Decreto Ley 01 de 1984 y pretermitió el artículo 30 de la Constitución que obliga a proteger los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a la ley.

Por error de hecho, pues la Administración actuó basada en el supuesto que la autoriza a expedir licencia de construcción, creyendo que puede modificar el sentido de ubicación de predios sin modificar primero los reglamentos de las urbanizaciones en donde se hallan ubicados y como si esa facultad fuera absoluta, aún entratándose de hechos ejecutoriados (actos).

5o): Violación de principios generales de derecho.

a.- El de la buena fé, por cuanto la Administración al expedir la licencia y los actos posteriores acusados rompió la confianza que debe existir en el autorizamiento y en la seguridad jurídica, pues no se puede salvaguardar el bien común cuando se contraponen intereses particulares o de favoritismo con desconocimiento de la normativa que se ha dado a la comunidad.

b.- El de la igualdad ante la ley en sus facetas de igualdad ante las cargas públicas, pues habiéndose expedido el reglamento general para los cientos de predios que conforman la Urbanización Ingemar, al cual se sujetaron todos los propietarios y adquirentes de dichos terrenos y, en especial la demandante, la

Administración no podía escoger medios lesivos a los intereses de los administrativos y menos imponer prestaciones distintas a las que sean necesarias para cumplir con el interés público.

c.- El de la imparcialidad de la Administración, pues no es ético que la Administración tome partido por uno de los intereses en conflicto, violando sus propios actos, las normas superiores y los principios rectores del trámite administrativo, generando favoritismo en el cumplimiento de su función de mantenimiento del orden público.

d.- El de respeto a los derechos de defensa, pues la Administración oyó a la actora, la dejó hablar pero no la escuchó.

e.- El del paralelismo de las formas, pues el sentido de la ubicación del predio de Ricardo Gómez, su nomenclatura y la orientación quedó ligado al Decreto 022 de 1962, expedido por el Alcalde Mayor Bogotá y en consecuencia, ese sentido de orientación, de ubicación, de reglamentación solo puede ser modificado por otro acto de similar categoría, no obstante lo cual la licencia que se demanda cambia el sentido de ubicación y orientación del predio.

f.- El de que todo acto debe expedirse con miras al interés público, ya que en este caso los actos de la Administración y el comportamiento antisocial del señor Gómez Alaix, lo desconocen.

6.- Violación de la cosa juzgada.

El señor Ricardo Gómez Alaix desconoció los reglamentos de la Urbanización Ingemar plasmados en el Decreto 022 de 1962 y en la Licencia de Construcción no. 3662, lo que le facilitó construir en contra de dichos preceptos y ser indagado y penalizado en fallos que hacen tránsito a cosa juzgada, porque las providencias de los Inspectores de Policía son sentencias no susceptibles de revisión administrativa y menos de la vía Contenciosa.

7.- Violación de actos dados por la misma entidad.

Las licencias concedidas a la actora en 1977 y a Ricardo Gómez Alaix en 1970 gozan de ejecutoriedad y firmeza, ya que no fueron recurridas y además el Distrito expresó en varios pronunciamientos que no era posible modificar lo reglamentado y las autorizaciones dadas en el acto 3262. Por consiguiente, la Administración no puente desconocer el principio *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET*, porque a nadie es lícito venir contra sus propios actos, excepto cuando se hagan dentro de las limitaciones del artículo 69 del C.C.A.

1.3- A la demanda se le imprimió el trámite del Procedimiento ordinario habiendo culminado la primera instancia con el proferimiento de la sentencia de 17 de febrero de 1963, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado de la actora.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA:

Para despachar desfavorablemente los cargos formulados, el Tribunal razonó, en esencia (folios 340 a 376 cuaderno principal), así:

1.- Respecto de la falta de competencia del Director de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá para expedir la Licencia de Construcción no. 025146, que se presenta en la demanda desde dos puntos de vista: la primera, en cuanto considera que la licencia establece implícitamente una servidumbre de tránsito sobre el predio de propiedad de la actora, que de acuerdo con los artículos 937 y 939 del C.C. ese gravamen solo se puede imponer mediante sentencia judicial y la segunda en cuanto la licencia modificó o cambió el sentido de la ubicación del predio de Ricardo Gómez Alaix y modifico el uso de la vía peatonal de la calle 57 convirtiéndola en vehicular, lo cual implicó modificación al Decreto 022 de 1962, reglamentario de la Urbanización Ingemar, porque éste dispone que para variar o modificar el reglamento del predio y de la Urbanización se requiere Decreto del Alcalde Mayor de Bogotá, previa la aprobación de la Junta de Planeación, consideró:

En relación con el primer aspecto se tiene que ciertamente la Licencia de Construcción No. 025146 contiene autorización para la modificación y adiciones a la casa ubicada en la calle 57 No. 1-13, lo cual dió sustento a la construcción de un garaje sobre la calle 57 y no sobre la transversal 1a. como inicialmente había sido autorizado. Pero ocurre que no se encuentra demostrado que efectivamente para el ingreso vehicular el garaje del predio del señor Gómez Alaix se hubiera establecido una servidumbre de tránsito sobre el predio de la demandante ubicado en la calle 57 No.1-33. Para llegar a esa conclusión la Sala tiene en cuenta lo siguiente: En el proceso número 82-D-947 de la Sección Tercera de este Tribunal quedó definido este punto de controversia. En efecto, en ese proceso, promovido igualmente por la actora en éste, se discutió y definió la legalidad de los oficios números 7276 de 11 de agosto de 1981, 7378 de 12 de agosto, 8464 de 10 de septiembre, 9667 de 9 de octubre y 10931, todos de 1981, mediante los cuales se concedieron unas licencias de acceso vehicular por parte del Departamento Administración de Planeación Distrital, se respondieron solicitudes de la demandante, se resolvieron recursos de reposición y apelación y con el último de los citados "prácticamente se cierra toda posibilidad de defensa". Mediante el oficio no.7276 de 11 de agosto de 1981 del Director del Departamento de Planeación Distrital, del cual obran varias fotocopias en el

expediente (folios 163 a 166, 168 a 172, cuaderno 1; 233 a 236, cuaderno 3; 251 a 254 cuaderno 4), se le comunica al doctor Ricardo Gómez Alaix que ese Departamento le autoriza, a través de la calle 57, el acceso vehicular a su predio ubicado en la calle 57 N o. 1-13 de esta ciudad, con la aclaración de que esa autorización cobija únicamente la utilización de dicha calle como vía de acceso, y que, en consecuencia, "... para poder adelantar la construcción del garaje deberá usted solicitar nuevamente la correspondiente licencia..." En ese proceso se planteó en la demanda que la decisión de autorizar el acceso vehicular al señor Gómez Alaix afectó derechos de la demandante, por cuanto se utiliza un tramo de la vía peatonal que ella construyó, debidamente autorizada conforme a la licencia de construcción; y, según la sentencia de segunda instancia, de fecha 17 de agosto de 1990, Expediente no.1346, Consejero ponente doctor Rodrigo Vieira Puerta, en el memorial de apelación "... hace una confusión de situaciones cuando acusa a su contraparte de "INVASION DEL ESPACIO PUBLICO" y de someter su residencia al ejercicio de una servidumbre: "LA INVASION DEL ESPACIO PUBLICO" que ha hecho el señor Gómez Alaix, con sus pretendidos garajes por la peatonal de la calle 57, por el lado de su predio en el que no tiene frente al volteadero, además de ser una conducta al margen del C.P., también con tal proceder se está irrogando un grave perjuicio al derecho de su vecina ESTELLA VARGAS DE ABRIL en cuanto a su residencia por la servidumbre que tiene que ejercer para pasar vehículos a sus nuevos garajes de la nomenclatura 1-13". Y en la citada sentencia de la Sección Primera, el Consejo de Estado agregó lo siguiente sobre el particular:

> "Dónde está el título que protege el derecho de la señora Vargas de Abril sobre la vía pública? Se podría llamar vía pública un predio que pertenece a la señora Vargas de Abril? Las normas del derecho nos traen desde antiguo el principio de que varias personas no pueden poseer por entero una misma cosa. La accionante pide que se prohíba de por vida el tránsito vehicular por un predio que pretende suyo pero que no lo ha demostrado en los diez años que lleva este proceso. Y cree que se le está imponiendo una servidumbre al autorizar el paso de vehículos por dicha franja de terreno por extraña disposición ajena al derecho. Desde los Romanos, los bienes del fisco, los bienes públicos, no puede adquirirse por prescripción.
>
> "Los dos conceptos que en esta providencia se han transcrito, provenientes del Ministerio Público en la primera y en la presente instancia, relevan a la Sala de hacer nuevas disquisiciones sobre el carácter público del predio objeto de la *litis,* sobre la carencia de derechos de la demandante en el mismo con base en la licencia de construcción en la cual, por demás, no se hace alusión alguna a dicha vía pública y sobre la función privativa de las autoridades para disponer de las vías públicas de acuerdo a los intereses de la comunidad a cuyo servicio se encuentran. Se comprendía a dichos

conceptos, y en las juiciosas consideraciones consignadas en el fallo apelado, amén de las mismas pruebas aportadas por el demandante, como la constante a folio 466, cuaderno 2, preguntas adicionales (a), del cuestionario respondido por el arquitecto Guillermo Varón Caicedo, así como los gráficos hechos por éste (folios 468 y 469 del mismo cuaderno), lo que podría tenerse como la filosofía jurídica sobre el caso planteado y la precariedad de demostración del derecho en quien demanda".

"El aforismo romano "*Titullus est radix et fundamentatum juris praetensi*", el título es la razón y el fundamento de un derecho reclamado, exige por parte del juzgador, la más absoluta negativa a las pretensiones de la demanda ya que, examinadas minuciosamente cada una de las pruebas que reposan en el voluminoso expediente, teniendo como pauta inicial el elenco elaborado por el señor apoderado de la demandante visible a folio 12, 13, 14 y 15 del cuaderno original, no se encuentra el mas mínimo indicio de que la señora Estela Vargas de Abril sea titular de derecho real alguno sobre la vía que, haciendo parte de la calle 57 de la nomenclatura urbana de Bogotá da frente a una residencia de su propiedad y que, como secuela de ello, las autoridades no podrán restringir a su exclusivo uso dicho tramo sino más bien, seguir considerándolo como parte de los bienes públicos cuyo goce corresponde a toda la ciudadanía.

"En síntesis: El contexto de la demanda levanta sus bases causales sobre la existencia de un derecho particular de la actora vertido en los moldes de una facultad patrimonial y *erga omnes* sobre un bien que, concretado en un espacio, le habilita el juicio de oposición contra un tercero para que se abstenga de ejercer sobre el mismo actos propios de un acceso que la característica de exclusividad de esa manifestación de plena *in re potestas,* le avala y brinda la protección del ordenamiento objetivo. Es el atributo del *jus utendi* del dominio el que se pretende tutelar a través del debate procesal hasta el límite, o mejor, hasta la indefinición del nunca para el tercero, improcedente ruego sin término traducido en el *petitum* del libelo con la declaratoria de un perpetuo vedamiento de utilización de un espacio cuya calidad de bien público no se desvirtúa ni consecuentemente se ofrece elemento demostratorio de titularidad real que explique y posibilite la exclusión impetrada.

"Trátase, como se acredita a través del contingente probanza y pericial de una vía pública cuya utilización, reservada al uso de los ciudadanos, excluye a fortiori la existencia de un derecho patrimonial particular, como bien lo acepta el nulidiscente, al precisar en el escrito de alegación que "Mi representada en ningún momento... se cree propietaria y poseedora de la calle 57, pero no porque se trate tal calle de una vía pública, se le puede

atropellar en sus derechos de sus derechos de propiedad, posesión y tránsito..." proposición que esencialmente por esa condición de espacio o vía pública, excluye la posibilidad de considerar como una investidura jurídica o fuente legal de utilización exclusiva y privada, como lo entiende el memorialista, una manifestación de voluntad administrativa como lo es, una licencia de construcción Y apoyar en ella la facultad para "... utilizar vehicularmente la nombrada vía peatonal, en razón a que la topografía del terreno era y es la única forma de entrar a su residencia..." y generar, a juicio igualmente de la actora, la legitimación de una solicitud como la formulada en el petitum del *libelo*, en el sentido de imponer una prohibición definitiva y perpetua de utilización ajena a la de la demandante".

De la existencia del proceso número 82-D-947 de la Sección Tercera se supo a través de la demanda del proceso que ahora se define, ya que en el capítulo de pruebas se pidió que se solicitara al Magistrado conductor de ese proceso la remisión de copias auténticas de todos y cada uno de los documentos aportados con la demanda, y por auto de 24 de noviembre de 1986 se accedió a ello; del cual se dio cumplimiento al incorporarse al expediente la demanda y documentos mencionados (folios 149 a 296, cuaderno 2). Y como en el alegato de conclusión la apoderada del Distrito Especial de Bogotá-ahora Distrito Capital Santa Fe de Bogotá- afirmó que la situación planteada en este proceso "se encuentra dirimida por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso número 82-D-947, en el que es demandante la señora Estella Vargas de Abril", esta Sala, mediante auto para mejor proveer, dispuso que se tomaran copias de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el mismo y se agregaran a este expediente. Aunque no se allego fotocopia de la sentencia de primera instancia, lo consignado en la de segunda le permite a esta Sala llegar a la conclusión de que, en realidad, en ese proceso se definió el punto relacionado con la validez de la decisión sobre el acceso vehícular del señor Ricardo Gómez Alaix a la casa de su propiedad utilizando para ello la calle 57. Ocurre que, conforme al oficio no. 7276 de 11 de Agosto de 1981 del Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, mediante ese acto únicamente se le otorgó autorización al señor Gómez Alaix para que utilizara la calle 57 como vía de acceso, pues, en el oficio se le advirtió que para poder adelantar la construcción del garaje debía solicitar la correspondiente licencia, la cual se le otorgaría" ...teniendo en cuenta que el Decreto Reglamentario de la Urbanización Ingemar, no. 022 de 1962, artículo 5o. permite en lotes de esquina construcciones de un piso en la zona de aislamiento posterior, conservando el patio mínimo exigido. "Esto quiere decir que con respecto al garaje del predio ubicado en la calle 57 No. 1-13 de esta ciudad, de propiedad del señor Ricardo Gómez Alaix, la Administración Distrital tomó sus decisiones en dos grupos de actos claramente delimitados: el primero, conformado por el citado oficio 7276 y demás actos complementarios, mediante los cuales se

concede autorización para el acceso vehicular por la calle 57; el segundo, conformado por la licencia de construcción no. 025146 de 8 de junio de 1984 y demás decisiones impugnadas en este proceso, mediante las cuales se concede licencia para "Modificaciones y adiciones a una casa en dos (2) pisos, tres (3) niveles según planos". De consiguiente, el cuestionamiento de la decisión de permitir el acceso vehicular al garaje ubicado en el predio de la calle 57 no. 1-13, en principio, solo se pudo hacer mediante la impugnación de los correspondientes actos Administrativos -el oficio 7276 y los relacionados con éste- y el correspondiente al otorgamiento de la licencia para realizar modificaciones en la casa de habitación, entre ellas, la construcción de un garaje con ingreso por la calle 57, mediante la acusación de la licencia de construcción 025146 de 8 de junio de 1984 y demás actos impugnados en este proceso.

Si se entendiera que al expedirse la licencia 025146, relativa a las modificaciones y adiciones de la casa de la calle 57 no. 1-13 base legal para la autorización de la construcción de un garaje como acceso por la calle 57, en forma implícita también se autorizó el acceso vehicular por esa vía, y, por tanto, reitera la decisión adoptada sobre el particular por medio del oficio 7276 de 11 de agosto de 1981, lo evidente es que en este proceso, donde se discute la legalidad de aquella, tampoco se demostró que para obtener el acceso al citado garaje necesariamente se tenga que utilizar terrenos de propiedad de la señora Vargas de Abril. En la demanda no se precisa de qué manera se establece la servidumbre sobre el predio de la actora situado en la calle 57 no. 1-13, ni cuál la porción de terreno objeto de este gravamen; y en el expediente no obra prueba indicativa de que, ciertamente, se esté utilizando alguna parte de terreno de propiedad de la demandante para el acceso al garaje de la calle 57 no. 1-13. De la inspección judicial practicada por la Magistrada que conoció de este proceso no se puede deducir la demostración de ese hecho (folios 297 a 300 cuaderno 2). En apoyo de esa conclusión se tiene en cuenta: a.-En el acta se consignó que el acceso a la zona de garaje del predio de la actora se encuentra ubicado parte sobre la vía y parte sobre el andén y si bien es cierto que también se indica que colindando con la citada zona de garaje se encuentra ubicado un garaje del predio del señor Gómez Alaix, para cuyo acceso debe pasarse sobre la zona destinada a parqueo o garaje no cubierto de la actora, se debe entender que, en realidad, ese acceso no se hace sobre el garaje autorizado a la actora sobre el predio de su propiedad, pues así se deduce del croquis elaborado en la diligencia, dado que allí se describe el acceso sobre la vía pública. Esto lo que permite establecer es que la actora destina la vía pública a parque o garaje no cubierto, pues el garaje autorizado debe ser cubierto, conforme al artículo 6o. del Decreto no. 022 de 1962 del Alcalde Mayor de Bogotá.

Al expedir la licencia 025146, la Secretaría de Obras Públicas, Distrito Especial, simplemente atendió una petición del señor Ricardo Gómez Alaix

orientada a obtener una decisión de naturaleza administrativa y no judicial, como ciertamente hubiese sido, si en realidad, condujera a la imposición de una servidumbre de tránsito. De manera que por este aspecto, no se presenta la falta de competencia.

En cuanto al segundo Punto de vista relativo a la falta de competencia la tiene que en la demanda no se explica cómo la licencia modificó o cambió el sentido de la ubicación del predio del señor Gómez Alaix y tampoco se demostró.

Con respecto al planteamiento de la modificación del uso de la vía peatonal de la calle 57, convirtiéndola en vehicular, cabe anotar que el hecho de que para el acceso al garaje de la Calle 57 no. 1-13 se utilice, en frente del predio, la vía peatonal de calle 57, no significa el cambio de uso de la vía, por cuanto ésta sigue siendo peatonal; se presenta sí la posibilidad de que una determinada parte -la necesaria para el acceso del vehículo al predio del señor Gómez Alaix- pueda ser realizada como vehicular, como ocurre también con respecto al acceso al garaje del predio de la actora; pero ello obedece a la necesidad de brindar facilidad al dueño de un predio construído sobre una Urbanización que por su topografía presentaba dificultades para la construcción del garaje con acceso por la transversal 1a.. Esto quiere decir que la expedición de la licencia 025146 no implicó modificación del Reglamento de la Urbanización Ingemar, contenido en el Decreto 022 de 1962 del alcalde Mayor de Bogotá, como para deducir que los funcionarios de la secretaría de Obras Públicas que expidieron aquella actuaron sin competencia. En realidad la Secretaría de Obras Públicas expidió una licencia de modificación de construcción de una de las casas de la Urbanización Ingemar para lo cual esa dependencia distrital tenía competencia de conformidad con el Acuerdo No. 7 de 1979 -artículo 207- vigente para la época de expedición de los actos impugnados y, además, anterior al citado Decreto 022 de 1962 del Alcalde Mayor de Bogotá en el que se apoya la actora para alegar la competencia.

Prospera, en consecuencia, este cargo.

2. Expedición irregular o vicios de forma.

Para este cargo se presentan cuatro aspectos que se analizan así:

a). Que las obras hechas con base en la licencia variaron el sentido de la ubicación del inmueble, sin que se hubieran reunido los requisitos del decreto 022 de 1962, en especial en el parágrafo del artículo 1o. y en el artículo 8o., aplicables de conformidad con el artículo 207 del acuerdo 7 de 1979, en cuanto prescriben que la Secretaría de Obras Públicas expedirá la licencia cuando los planos cumplan con las normas de ese acuerdo y con las especificaciones

establecidas. La Sala observa que esta acusación también fué presentada como falta de competencia y al desestimarla se anotó cómo no se explicó ni se demostró la manera como la licencia pudo cambiar el sentido de ubicación del inmueble. A igual determinación se llega con respecto a ésta.

b). Que conociendo el Distrito que la actora es tercero determinado con intereses en dicho asunto, debió ser citada, tal como lo prescribe el artículo 14 del Decreto Ley 01 de 1984. Como la misma actora lo expresa en la demanda ella no fué citada inicialmente a la actuación administrativa que dio origen a la expedición de la licencia cuestionada; pero se notificó por conducta concluyente y oportunamente interpuso los recursos que consideró del caso. Esto descarta la expedición irregular de la licencia, porque la finalidad de la citación de buscar la intervención de los terceros que puedan resultar afectados con una decisión administrativa quedó satisfecha con la notificación por conducta concluyente de la demandante.

c). Es cierto que en la licencia 025146 no se indican los recursos que contra ella proceden. Pero, de acuerdo con el artículo 47 del Decreto Ley 01 de 1984, la indicación de los recursos debe hacerse en el texto de toda notificación o publicación, no obstante lo cual el artículo 48 *Ibídem* prevé la posibilidad de que la decisión produzca efectos legales si la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales. Y como ya se anotó, esto ocurrió en el presente caso ya que la demandante considerándose afectada interpuso los recursos de reposición y apelación contra la citada licencia impugnada en este proceso.

d.- Con respecto a la acusación sobre la expedición de la providencia de 20 de septiembre de 1984, sin que previamente se le hubiera corrido traslado del escrito de reposición al beneficiario del acto impugnado, cabe señalar que siendo ello cierto no constituye ninguna regularidad en la expedición del acto, porque, de conformidad con el artículo 56 del Decreto Ley 01 de 1984, los recursos de reposición y apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio, lo cual significa que en ningún caso procede el traslado del escrito del recurso a la parte contraria. Y en cuanto a que no se practicaron las pruebas pedidas previamente a la decisión del recurso de reposición, cabe anotar que el apoderado de la actora en este proceso propuso incidente de nulidad por ese hecho, así como por el anotado anteriormente, y la Secretaría de Obras Públicas mediante Resolución No. 05 de 24 de julio de 1985, no accedió a la nulidad y confirmó el contenido del auto de 20 de septiembre de 1984. Para adoptar esa decisión la Administración consideró que, de acuerdo con el artículo 56 del C.C.A., las pruebas deben ser practicadas en segunda instancia, planteamiento

que para la Sala es válido si se tiene en cuenta que esa norma, como ya se consignó, en principio, plantea la decisión de plano de los recursos de reposición y apelación, y solo, excepcionalmente, ello no resulta posible cuando tratándose de la apelación se solicite la práctica de pruebas o cuando el funcionario que ha de decidir el recurso estime necesario decretarlas de oficio. No existe, pues, irregularidad en la expedición de los actos administrativos cuando estos se expidan sin que previamente se hayan practicado las pruebas pedidas por el recurrente en reposición.

3): Desviación de poder.

Con respecto a este cargo, debe anotarse:

a.- No se demostró que los actos impugnados se hubiesen expedido en razón de móviles personales originados en la amistad que une al doctor Julio Sarmiento, Director de la División de Control de la Secretaría de Obra públicas, con el doctor Ricardo Gómez Alaix, beneficiario de esos actos. En el expediente obra prueba que el doctor Julio Sarmiento Acosta, en la calidad anotada, se declaró impedido para actuar en las diligencias relativas a la solicitud de reforma a licencia de construcción del inmueble del señor Gómez Alaix, impedimento que se le aceptó, procediendose, según el Decreto 0721 de 10 de mayo de 1984 del Alcalde Mayor de Bogotá, a la designación del Procurador de Bienes comó funcionario *ad-hoc* para que se hiciera cargo del asunto (folio 54, cuaderno 2).

También se probó que el doctor Sarmiento Acosta, como aparece consignado en la copia del edicto publicado en la prensa para efectos de la notificación de la licencia, si firmó dicho edicto. Pero este hecho por si solo no permite deducir que las decisiones finales adoptadas hubiesen contado con la participación o ingerencia del doctor Sarmiento Acosta, como para concluir, entonces, a la vez que aquellas se tomaron para favorecer los intereses de Ricardo Gómez Alaix, y la verdad es que en el proceso no obra prueba alguna sobre el particular.

Con respecto a la acusación sobre la no manifestación por parte de la administración de las razones que la llevaron a contradecir sus propias declaraciones visibles en los oficios del Departamento de Planeación de 13 de septiembre de 1979 Y 14 de junio de 1978, lo cual, en opinión de la actora, significa la existencia de móviles ocultos, extraños al interés comunitario, se tiene que, al contrario de lo afirmado en la demanda, en las providencias que resolvieron los recursos de reposición y apelación sí se expresaron las razones de la decisión de expedir la licencia, así como aquellas que representaron un cambio a una posición anterior de la Administración.

Es cierto que las autoridades de policías condenaron a Gómez Alaix con motivo de la utilización de la vía peatonal de la calle 57 para el acceso a su garaje. Pero esas medidas fueron adoptadas en razón a que el citado señor Gómez Alaix no tenía licencia o permiso para la utilización de esa vía y, por tanto, obtenidos estos, las circunstancias cambiaron. De modo que las decisiones cuestionadas en este proceso no contradicen las tomadas por las autoridades de policía.

Tampoco se presenta el fraude a la ley, c omo lo plantea la demandante en el sentido de que el lote del señor Gómez Alaix por tanto, este es el aplicable, no obstante lo cual fué eludido. Como ya se anotó al analizar el cargo de falta de competencia, en realidad, para la expedición de la licencia cuestionada, el funcionario que la expidió si tenía facultades. Además, el Reglamento de la Urbanización Ingemar no podía contemplar la prohibición de hacer modificaciones a las licencias de construcción correspondientes a los distintos lotes, y por tanto, en principio, la Administración podía otorgar licencias si se reunían los requisitos exigidos en las disposiciones generales y específicas que regulaban la materia.

4): Violación de la regla de derecho de fondo.

a.- Por lo ya anotado, no hay error de derecho y la flagrancia directa al expedir la licencia cuestionada, pues el cargo se sustenta con el argumento de que aquel acto se emitió como si no existiera el Decreto 022 de 1962. Tampoco es posible advertir la violación del procedimiento contemplado en los primeros 60 artículos del Decreto Ley 01 de 1984 y con pretermisión del artículo 30 de la C.N. pues si al formular el cargo no se indicaron en concreto cuáles de esas normas fueron violadas y cómo se produjo esa infracción.

b.- No se presenta el error de hecho apoyado con el argumento según el cual la Administración actuó basada en el supuesto que la autoriza a expedir licencias de construcción cambiando el sentido de ubicación de los predios, sin modificar primero los reglamentos de la Urbanización. En efecto, el cargo está relacionado igualmente con el planteamiento relativo al Decreto 022 de 1962 y ya se analizó cómo no prospera.

5): Violación de principios generales de derecho.

No se presenta por lo siguiente: a): No está demostrado que se hubiese roto la confianza en la Administración por la expedición de la licencia; b): No se quebranta el principio de la igualdad ante la ley, ya que no está demostrado que a otro propietario de casa situada en la Urbanización Ingemar se le hubiese negado la licencia cuando se daban las mismas circunstancias que las presentadas para otorgársela al señor Gómez Alaix. c): No existe prueba de la parcialidad

de la administración al expedir los actos impugnados.- d): La actora sí intervino en la vía administrativa e interpuso los recursos que consideró del caso, con lo cual se garantizó su derecho de defensa; e): No se viola el principio del paralelismo de formas, por cuanto está edificado sobre el planteamiento del Decreto 022 de 1962, varias veces analizado; f): No se advierte la violación del principio de que todo acto debe expedirse con miras al interés público, pues no está demostrado que se haya afectado ese interés en una forma tan sensible que permita llegar a la conclusión de que no se ha debido expedir. Y esto no se advierte, en razón a que no se encuentra que al expedir los actos acusados se haya producido la violación de las normas superiores invocadas por la demandante en los otros cargos formulados.

6): Violación de la cosa juzgada.

Tampoco prospera porque está apoyado en el argumento consistente en que los Inspectores de Policía le impusieron sentencias al señor Gómez Alaix y éstas hacen tránsito a cosa juzgada. Y ya se anotó cómo esas medidas se tomaron en razón de la carencia de licencia. Dichas decisiones de policía produjeron sus efectos con respecto a las contravenciones en que incurrió el señor Gómez Alaix, más aquellas no se extendieron en relación con la actuación administrativa que culminó con la expedición de la licencia impugnada. En verdad, la órbita de lo penal policivo y la de lo administrativo que conlleva la expedición de una licencia de construcción son bien diferentes.

7): Violación de los actos dados por la misma entidad.

Es cierto, como se anotó, que la Administración adoptó una posición desfavorable al otorgamiento de la licencia, pero posteriormente la modificó para tomarla en la vía favorable. La circunstancia de que inicialmente se adopte una posición no significa que posteriormente la Administración, a través de un nuevo análisis de las circunstancias de hecho y de derecho, pueda modificarla, tratándose de una situación que no se puede estimar consolidada y que no había creado derechos a favor de persona alguna, dado que solo se trataba de una decisión negativa a una petición que si buscaba el otorgamiento del derecho a modificar la construcción.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

III.1.- El apoderado de la demandante en la sustentación del recurso de apelación adujo principalmente lo siguiente (folios 377 a 378 cuaderno principal):

1.- No es cierto que haya el Tribunal fallado los hechos que aquí se debaten puesto que los actos demandados en el expediente 82-D-947 tienen

que ver con unos actos administrativos diferentes a los impugnados en este proceso. Luego no es cierto que haya cosa juzgada.

2.- De la inspección judicial practicada por la Magistrada conductora y visible al cuaderno 2 folios 297 a 300 se demuestra que en la Licencia para la construcción o modificación de la Licencia inicial se establece una servidumbre de tránsito que atraviesa el predio de mi poderdante, redacción que es clara y no necesita de interpretación.

3.- Obra dentro del expediente un documento que favorece a GOMEZ ALAIX y que evidencia incluso el tráfico de influencias en el otorgamiento del permiso.

4.- El daño causado a mi poderdante es palpable y se evidencia la desviación de poder que se dió cuenta en el *libelo*. Al desconocer la sentencia el acta de Inspección Judicial y al interpretarla, cuando el tenor literal es tan claro, configura un error de hecho en la apreciación de la prueba y de ahí que se haga necesaria la apelación puesto que los actos de la Administración de Bogotá se Profirieron con un propósito y afecta los derechos adquiridas por mi patrocinada la que construyó atendiendo el reglamento de la Urbanización y cuyo desconocimiento por parte del señor GOMEZ ALAIX no puede ser tolerado y menos auspiciado por ese Tribunal. Probada por la Inspección Judicial la servidumbre de tránsito impuesta por la Administración Capitalina y la flagelación del reglamento de la Urbanización se prueba que la sentencia es contraria a lo recopilado en el expediente.

III.2.- En su alegato de conclusión en la segunda instancia el recurrente puntualizó lo siguiente:

La prueba que permite revocar el proveído apelado es la inspección ocular o judicial que practicó la Magistrada doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, el día 1o. de diciembre de 1989, oportunidad en la que se sentó en el acta de dicha diligencia que: "la zona de garaje de la actora se encuentra ubicada en su acceso, parte sobre la vía y parte sobre el andén y colindando con ella, se encuentra un garaje del predio del Señor Gómez Alaix para cuyo acceso debe pasarse por sobre la zona destinada a parqueo o garaje no cubierto de la actora". De lo transcrito en esta acta que, le ofrece al juzgador por la percepción directa que tuvo el Despacho conocer que el reclamo de la demandante es justo y acorde con la ley, puede colegir ahora esta instancia que el Tribunal desconoció la prueba allegada y recopilada oportuna y legalmente en el proceso y de allí que le corresponda reparar el daño inferido a mi poderdante que durante más de cuatro años ha tenido que permitir el paso del demandado por su predio, estableciéndose en esta forma una servidumbre que impuso el

Distrito al otorgar la licencia que se impugna.

De otra parte, no es cierto que por haberse trasladado algunas pruebas del expediente 82-D-947, se configure la cosa juzgada, precisamente, porque el acto que acá se implora se anule es totalmente distinto al juzgado.

También es notorio el equívoco del *a-quo* al no considerar lo anotado en la inspección judicial cuando comprobó la Magistrada que el frente del predio de la demandante es por la transversal 1o. o camino del castillo que es por esta vía que debía construir sus garajes, tal como aparece en la primera licencia otorgada en julio de 1970.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los motivos de inconformidad de la recurrente frente a la sentencia apelada, y a los cuales debe circunscribirse la Sala, se reducen a dos: a que hubo error de hecho por parte del *a-quo* en la apreciación del acta de la diligencia de inspección judicial en la cual se constató, a su juicio, la existencia de una servidumbre de tránsito de influencias en el otorgamiento del permiso al doctor Ricardo Gómez Alaix, beneficiario de la licencia de construcción, que es uno de los actos acusados.

En relación con el primer aspecto cabe tener en cuenta lo siguiente:

La diligencia de inspección judicial, que obra a folios 338 a 339 del cuaderno principal, efectuada dentro del proceso radicado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo el número 86-D-2784, trasladada a este proceso, cuya apreciación errónea se le atribuye al *a-quo*, entre otros puntos, expresa que el acceso al garaje de la actora se encuentra ubicado "parte sobre la vía y parte sobre el andén", y que colindado con ella se encuentra un garaje del predio del señor Gómez Alaix para cuyo acceso debe pasarse por sobre la zona destinada a parqueo o garaje no cubierto de la actora.

Lo anterior permite concluir que para acceder al garaje del predio del señor Gómez Alaix debe pasarse por la zona de acceso del lugar destinado para garaje de la actora, que no es otro que "parte sobre la vía y parte sobre el andén".

Siendo ello así, bien puede afirmarse que no puede la actora reclamar que se le está imponiendo una servidumbre de tránsito, pues ella se predica de gravámenes que deben soportar bienes de propiedad particular, y no de uso público como lo son las vías y los andenes. Esto explica el por qué esta Corporación en providencia de fecha 17 de agosto de 1990, expediente no.

1346, Consejero Ponente doctor Rodrigo Vieira Puerta, al pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto en el expediente radicado bajo el No. 86-D-2784 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuyas partes fueron las mismas de este proceso, y en donde existe similitud en cuanto a los fundamentos de hechos que aquí se discuten y que trae a colación el *a-quo*, expresara, entre otros aspectos, que:

> "... Dónde esta el título de proteger el derecho de la señora Vargas de Abril sobre la vía pública?..... La accionante pide que se prohíba de por vida el tránsito vehicular por un predio que pretende suyo pero que no lo ha demostrado en los diez años que lleva este proceso. Y cree que se le está imponiendo una servidumbre al autorizar el paso de vehículos por dicha franja de terreno.....
>
> Desde los Romanos, los bienes del fisco, los bienes públicos, no pueden adquirirse por prescripción..." (folios 280 cuaderno principal).

Lo anterior pone en evidencia que no hubo errónea interpretación en el análisis de la prueba de inspección judicial que efectuó el juzgador de primer grado.

Además, cabe tener en cuenta, que la sentencia impugnada en relación con este aspecto no está invocando el principio de la cosa juzgada, pues tal principio no se evidencia en virtud de ser diferentes los actos acusados, sino que, como ya se dijo, existe similitud entre los fundamentos de hecho de los actos que dieron origen al proceso radicado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo el número 86-D-2784 y los del presente proceso, como quiera que ellos son antecedente inmediato de éstos, circunstancia que hace que en el caso *sub exámine* haya necesidad de acudir a dicho expediente, máximo si la prueba que se pretende hacer valer en respaldo de las suplicas de la demanda y de la apelación ha sido trasladada del mencionado expediente a éste.

En lo tocante al segundo motivo de discrepancia que formula la recurrente, esto es, al tráfico de influencias para el otorgamiento de la licencia de construcción, tal aseveración no encuentra respaldo probatorio en el proceso y sí, por el contrario, observa la sala que no obstante la amistad entre el Director de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas, doctor Julio Sarmiento Acosta, y el señor Ricardo Gómez Alaix existió el impedimento por parte de aquél, lo cual dió lugar a la designación de un funcionario *ad hoc* (folios 23, 24 y 26 cuaderno no. 2), que fué quien expidió la Licencia de Construcción no. 025146 de 8 de junio de 1984 acusada (folio 2 *ibídem*).

Tal actuación del funcionario ad hoc demuestra la imparcialidad con que se actuó para la expedición del referido, acto, lo cual está acorde con el principio que para las actuaciones administrativas postula el artículo 3o. del C.C.A.

Las anteriores consideraciones justifican que se confirme la providencia apelada, y así se hará en la parte resolutiva de esta sentencia.

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

FALLA:

1o): Confírmase la sentencia apelada.

2o): Condénase en costas a la parte actora. Tásense por Secretaría.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO COMPLEJO - Inexistencia / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia

Es error de la actora querer asimilar sus peticiones a actos administrativos. Por provenir tales comunicaciones de un ente particular que no cumple funciones públicas, jamás pueden calificarse como tales. La actora luego de demandar un acto presunto por silencio administrativo negativo incurre ahora en la apelación, en una equivocación jurídica al sustentar el recurso sobre la premisa de que sus actos particulares configuran un "acto complejo", como sí ellos fueran demandables. Los silencios administrativos no lo constituirían por la elemental razón de que ellos se originarían en una misma voluntad administrativa y no en dos voluntades distintas, presupuesto este insustituible para que se pueda hablar siquiera en principio del denominado en la doctrina y la jurisprudencia como acto complejo.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / JURISDICCION ROGADA

En cuanto a que dejó de aplicarse el artículo 228 del Ordenamiento Constitucional, al no dar prelación al derecho sustancial, se advierte simplemente que tal aplicación no puede llegar al extremo de desconocer ciertos principios fundamentales del derecho procesal administrativo y, en el presente caso, so pretexto de aplicar aquella norma, hacer un juzgamiento oficioso que le está vedado a esta jurisdicción, por ser de carácter rogado. En otros términos, no podía el Tribunal en estricto derecho examinar unos cargos que no sé habían formulado, ni menos hacer pronunciamientos sobre pretensiones inexistentes.

SECCION PRIMERA

RECURSO DE APELACION / JURISDICCION ROGADA

La competencia del *ad-quem* para decidir el que se interponga contra sentencias, queda limitada en principio, a confrontar la providencia apelada con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia impugnada en aspectos diferentes a los controvertidos en el sentido escrito.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2413. AUTORIDADES NACIONALES. Actora: PEDRO A. RIVERA Y CIA. LTDA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora -Pedro A. Rivera E. y Cía. Ltda.- contra la sentencia de 4 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES:

La citada actora, 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 que se declare que se ha producido el silencio administrativo negativo respecto de la comunicación 000784 de 26 de abril de 1988 que se dirigiera a la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-, y la nulidad del acto administrativo negativo deducido del mismo silencio, emanado de esta Compañía, y que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se le restablezca en su derecho mediante el reconocimiento y pago de veinte (20) millones de pesos.

HECHOS DE LA DEMANDA:

Cita la apoderada de la actora en su *libelo*, como tales, los que a continuación se resumen:

La actora realizó la coproyección cinematográfica colombiana de largo metraje titulada "DROGA, VIAJE SIN REGRESO", la cual fue reconocida por el Ministerio de Comunicaciones mediante Resolución No. 5643 de

noviembre 20 de 1986, y estrenada en simultánea el día 19 de junio de 1987 en los teatros Jorge Eliécer Gaitán y San Carlos de la ciudad de Bogotá.

La accionante con base en los arts. 4°. y 5°. del Decreto 131 del 23 de enero de 1987 por medio del cual el Presidente de la República desarrolla la Ley 9ª. de 1942 y reglamenta el art. 15 de la Ley 55 de 1985, envió a FOCINE una comunicación radicada bajo el No. 001178 de junio 16 de 1987 en la cual solicita se le reconozca y pague el incentivo Básico Industrial de 100 pesos por cada espectador que ingresó a las salas de exhibición cinematográfica del país.

En octubre 27 de 1987 de acuerdo con la radicación disposiciones:

1. Los artículos 16, 17, 20, 30 y 45 de la Constitución Política de 1886. Fundamenta su violación en lo siguiente: Del artículo 16, por cuanto a la demandante no se le está protegiendo en sus bienes a los cuales tiene derecho y que por reiterado silencio de la administración se le han negado; del artículo 17, debido a que se ignoró el desarrollo de la industria cinematográfica en Colombia; del artículo 20, aduciendo que la empresa demandada ha omitido una de sus funciones principales cual es la de atender pronta y debidamente las peticiones justas y legales que se le han formulado; del artículo 30, porque la suma de $100 por cada espectador es un derecho que se encuentra en el patrimonio de la actora y por lo tanto es situación jurídica completa que está siendo vulnerada; y del artículo 45, porque se le han dejado de contestar varias solicitudes.

2. Artículos 31 y 40 del C.C.A. Dice la accionante que hay violación del artículo 31, por la misma razón que se aduce como quebranto del artículo 45 de la Carta, y del artículo 40 porque han transcurrido los 3 meses de que habla esta norma sin tener respuesta de FOCINE, con lo cual se estructura el fenómeno del silencio administrativo negativo.

3. Sostiene la actora que hay violación de los artículos 3°. y 4° del Decreto 131 del 23 de enero de 1987, porque a pesar de que se cumplieron los requisitos exigidos por éstos, no se ha recibido el beneficio otorgado por los mismos.

RAZONES DE LA DEFENSA:

La parte demandada al contestar la demanda manifiesta categóricamente su oposición a las pretensiones de la misma, y argumenta que:

> "El artículo 15 de la Ley 55 de 1985 creó un gravamen del 16% sobre el valor neto de la boleta de ingreso a salas de exhibición cinematográfica y dispuso la distribución del gravamen así: 8.5 puntos del 16% para una

cuenta denominada "fondo de fomento cinematográfico", 7.5 puntos del 16% que se destinarán al productor, distribuidor y exhibidor de cortometrajes nacionales. Este fondo fue denominado "Fondo de Desarrollo Cinematográfico". Los incisos 3°. y 4°. del artículo 15 de la Ley 55 de 1985, fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 11 de septiembre de 1985 ya que los impuestos solamente pueden beneficiar el patrimonio del estado o de las entidades que a su nombre prestan servicios públicos a la comunidad. Posteriormente el Decreto 131 de 1987 revivió de manera abierta inconstitucional, la destinación directa de los 7.5 puntos, en su artículo 2°. distribuyó dichos recursos y estableció en el artículo 6°. los requisitos para acceder al incentivo básico industrial del artículo 4°. En diciembre 30 de 1987 el Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias dicta el Decreto 2529 el cual en su artículo 7°. establece: Recaudo y giro del impuesto: los primeros recaudos por concepto de impuesto, son fondos públicos que los exhibidores deben entregar al tesoro nacional consignándolos en Focine, cuenta FONDO DE FOMENTO CINEMATOGRAFICO quien a su turno lo girará a la Tesorería General de la República dentro del término que señale el reglamento.

"El artículo 17 del mismo decreto dispuso que el decreto "rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que sean contrarias", quedó entonces el decreto 131/85 (sic) pues el decreto 2529/87 destinó la totalidad del 16% al Fondo de Fomento Cinematográfico.

"Al disponer el artículo 7°. del Decreto Extraordinario 2529 del 30 de diciembre de 1987, que los dineros recaudados por concepto del Impuesto del 16%, a que se refiere el artículo 15 de la Ley 55/85, debían ser consignados en la cuenta "Fondo de Fomento Cinematográfico" eliminó el fondo de desarrollo cinematográfico creado por el artículo 1°. del decreto 131 de 1987, paralelo al "Fondo de Fomento Cinematográfico", de creación legal. En las condiciones anteriores puede afirmarse que el artículo 1o. del decreto 131 de 1987, fue derogado y suspendidos los efectos de lo dispuesto por el artículo 2°. *ibídem,* lo que impide tomar decisión alguna sobre los saldos de la cuenta "Fondo de Desarrollo Cinematográfico", hasta cuando una norma de la misma jerarquía del decreto 131, resuelva liquidar el mencionado fondo y disponga de los saldos existentes en él. Finalmente, el 14 de junio de 1988, el gobierno mediante decreto 1156 artículo 33 deroga expresamente el decreto 131 de 1987" (La subraya es de la demandada).

LA SENTENCIA APELADA:

Para fundamentar la decisión de denegar las pretensiones de la demanda, el *a- quo* en sus consideraciones transcribe el contenido del artículo 15 de la Ley 55 de junio 18 de 1985, expresando que sus dos últimos incisos fueron declarados inconstitucionales por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de septiembre de 1986 y, al igual que el demandado, advierte que el Gobierno Nacional teniendo en cuenta esta decisión expidió el Decreto 0131 de enero 23 de 1987 por el cual se desarrolló la Ley 9a. de 1942 y se reglamentó el artículo 15 de la Ley 55 de 1985.

A continuación el Tribunal hace énfasis en el contenido de los artículos 1°, 2°., 4°. y 5°. del Decreto en mención. Manifiesta que el artículo 2°. del Decreto 0131 fue suspendido provisionalmente por el Honorable Consejo de Estado por auto del 13 de abril de 1988. Que luego, en sentencia del 15 de diciembre de 1989 la misma institución se inhibió de proferir sentencia de fondo y levantó la suspensión provisional de la citada disposición, pon cuanto ésta norma estaba contenida en el Decreto 0131 y este Decreto, fue derogado expresamente por el Decreto 1156 de junio 14 de 1988, es decir, que esta disposición dejó de regir desde fines de abril de 1988 hasta el 20 de junio de 1988, fecha en la cual se publicó en el Diario Oficial el Decreto 1156.

Refiriéndose a la individualización del acto administrativo demandado el Tribunal textualmente considera:

> "El 16 de junio de 1987 el actor solicitó a FOCINE el reconocimiento y pago del incentivo básico industrial (folio 20). El día 19 del mismo mes y año se estrenó la película (hecho 11 de la demanda). El interesado presentó las planillas de asistencia de los espectadores a los teatros (folio 23). Hay dos memoriales. El primero recibido el 28 de octubre (folio 23) y el segundo recibido el 19 de noviembre (folio 24). El 6 de noviembre de 1987 la sociedad "Circuito Presidente Ltda.", presentó una relación de planillas (folio 26). El actor presentó otra relación de planillas el día 14 de diciembre de 1987 (folio 27). Finalmente el demandante el día 26 de abril de 1988 presentó a FOCINE otro escrito en el cual le recuerda a esta entidad que según la legislación vigente, dispone en cada caso de 60 días contados a partir de la recepción de las planillas correspondientes para hacer las verificaciones a que haya lugar y reconocer los pagos que procedan. Es respecto de esta comunicación que el actor pide que se declare que se ha producido el silencio administrativo negativo. Este es el acto administrativo presunto o ficto demandado, según corrección de la demanda que hiciera el actor por pedimento de providencia de noviembre 21 de 1988 de la Sección Tercera del Tribunal (folios 45 y 46).

"La petición de abril 26 transcribe unas normas jurídicas del Decreto 031 de 1987; en el último párrafo expone las razones para el pago de incentivo, para lo cual expresa: "Hace tres meses hemos cumplido con haber entregado, las planillas y gentilmente le estoy enviando a su señoría los datos de las entradas:

"Película: "DROGA VIAJE SIN REGRESO"
Datos: "PEDRO A.RIVERA Y CIA LTDA."
Verificados y autenticados.

"Por Circuito Presidente:

FECHAS	ENTRADAS
Octubre 27	74.881
Noviembre 6	179.941
Noviembre 13	23.947
Diciembre 4	56.677
Total	**335.446"**

"Como se observa la entidad demandante no formula una nueva petición relacionando planillas de asistencia o entrada de espectadores a las salas de exhibición cinematográfica, sino se remite a recordar las peticiones que hacía tres (3) meses había formulado para el reconocimiento del incentivo básico industrial, para lo cual específica el número de entradas.

"Las peticiones formuladas por el actor con anterioridad al escrito de 26 de abril algunas contenían la relación del número de entradas de espectadores a los teatros. Estas peticiones no fueron resueltas por FOCINE dentro del término de los sesenta (60) días que establecía el literal b) del artículo 5 del decreto 0131, estando estas disposiciones vigentes para aquella época. De estas peticiones no resueltas por esta entidad se desprende el silencio administrativo negativo, el cual generó actos administrativos presuntos o fictos. Estos actos podrían haberse demandado.

El memorial de abril, 26, como se dijo, no contenía una petición que implicara para la entidad demandada el pronunciamiento de la voluntad presunta al no contestar el escrito dentro del término legal. Es decir que con relación a este escrito no hay silencio administrativo negativo y por ende no se produjo un acto administrativo presunto. Por ello es equivocada la apreciación del actor al aclarar la demanda en cuanto, dijo: "Este es un acto administrativo presunto o *ficto* y es exactamente la negativa a responder la comunicación de fecha veintiséis (26) de abril de 1988 dirigida por mi procuradora a la COMPAÑIA DE FOMENTO

CINEMATOGRAFICO FOCINE..." (folio 46). Finalmente en este escrito, agrega: "Es por esto que solicito que se declare que se ha producido el SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO respecto de la comunicación 00784 del 26 de abril de 1988..." *(idem,idem)*. Considera por lo tanto, la Sala que lo demandado no es un acto administrativo presunto por cuanto este escrito contenía una petición que al no resolverla la administración, dentro del término legal, tuviera como consecuencia la ocurrencia del silencio administrativo negativo por parte de esta, concretizado en un acto administrativo presunto o ficto, el cual podría ser objeto de la acción contencioso administrativa del restablecimiento del derecho, a fin de declarar su nulidad condenando consecuencialmente a la administración a pagar el incentivo básico industrial por el valor expresado en cada una de las peticiones no resueltas dentro de la oportunidad legal y, por consiguiente, no puede hacerse pronunciamiento jurisdiccional favorable en relación con los actos administrativos presuntos no demandados expresamente, porque el actor solo precisó e individualizó el que según la Sala no se estructura como acto administrativo presunto, no obstante el actor haber expresado "... hay que relacionar esta última carta (número de radicación en FOCINE 000784 del 26 de abril de 1988) con las anteriores en que aparecen relaciones de planillas de la película... y se ha venido reclamando el reconocimiento y pago por parte de FOCINE..." (folio 46, *idem ibídem*). En consecuencia, el demandante individualiza únicamente lo que la Sala considera que no es acto administrativo presunto. Esta falta de técnica procesal al individualizar el acto administrativo a demandar, conlleva la ineptitud sustantiva de la demanda, implicando el fracaso de las pretensiones. Por lo anterior la Sala se abstiene de estudiar y pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La parte actora manifiesta su disentimiento con el fallo apelado con el argumento que se expresa a continuación:

"Lo que se demandó fué un acto complejo, compuesto por la última petición y las anteriores. Así lo reconoce el mismo sustanciador a folio 20 de la sentencia al citar al actor así: "Hay que relacionar esta última carta con las anteriores en que aparecen relaciones de planilla de la película... y así mismo con las demás solicitudes previas a la última en que se ha venido reclamando el reconocimiento, y pago por parte de FOCINE...". Por manera que la sentencia es contradictoria".

Finalmente manifiesta que se olvidó aplicar el artículo 228 de la C.N.

Con fundamento en el anterior sustento, solicita revocar el fallo de primer grado y, en su lugar, acceder a las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala considera oportuno recordar que en materia contenciosa administrativa el recurso de apelación, especialmente cuando se ejercita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, donde la causa petendi va más allá del cuestionamiento de la legalidad del acto por estar dirigida a la protección directa del derecho subjetivo del administrado, vulnerado o desconocido por el acto o actos de la administración y buscar la condena de ésta para que sea efectivo su restablecimiento, la actividad del actor se impone acuciosa y exigente hasta la última oportunidad procesal en orden a que demuestre ante el juez contencioso administrativo que son viables las pretensiones deducidas de la demanda, consideración ésta que se hace aún mas sobresaliente si se tiene en cuenta el carácter rogado de esta jurisdicción.

Esta apreciación, aplicada al campo de los recursos, se traduce en que la competencia del ad quem para decidir el que se interponga contra sentencias, queda limitada, en principio, a confrontar la providencia apelada con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia impugnada en aspectos diferentes a los controvertidos en el aludido escrito, (sentencia de 17 de julio de 1992, expediente 1951, Consejero Ponente, Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, actor: Oscar Conde Ortiz, y sentencia de 4 de diciembre de 1992, expediente 2104, Consejero Ponente, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, actora: Unitransa).

Respecto del disentimiento de la apelante, la Sala anota que revisado el libelo demandatorio y su posterior escrito aclaratorio (folio 46 del c. ppal.) mediante el cual la actora se permite "precisar el acto administrativo acusado", no es cierto como ello lo afirma que lo que se demandó fue un "acto completo", o "complejo", como lo aclara en su alegato de conclusión en esta segunda instancia, sino únicamente el "acto administrativo presunto o ficto que es exactamente la negativa a responder la comunicación de fecha veintiséis (26) de abril de 1988)...", dirigida ésta por la actora a FOCINE y radicada allí en dicha fecha bajo el número 00784.

En esa comunicación se citan varios artículos del Decreto 131 de 1987, entre los cuales se destacan el 4º que reza así:

"... la COMPAÑIA DE FOMENTO CINEMATOGRAFICO FOCINE reconocerá y pagará al productor o cooproductor colombiano de producciones o cooproducciones cinematográficas de Largo Metraje por concepto de incentivo básico industrial, la suma de cien pesos moneda legal ($100.oo M/legal) por cada espectador que ingrese a las salas de exhibición cinematográficas del país donde se proyecten sus películas, hasta un máximo de doscientos mil espectadores".

El mismo artículo 4o. en su literal b), según el cual:

"...la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE- dispondrá de sesenta dias en cada ocasión para verificar las informaciones suministradas por las salas de exhibición cinematográficas y para reconocer su pago, si fuere procedente".

Y el 12, que dispone:

"...para el pago del estímulo contemplado en el artículo anterior, la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE tomará en cuenta los resultados de asistencia de espectadores reportados mensualmente por las salas de exhibición cinematográfica y dispondrá, en cada caso, de sesenta (60) días contados a partir de la recepción de las planillas correspondientes para hacer las verifícaciones a que haya lugar y reconocer los pagos que procedan".

La comunicación culmina diciendo:

"**RAZONES PARA EL PAGO**: Hace tres meses hemos cumplido con haber entregado las planillas y gentilmente le estoy enviando a su señoría los datos de las ENTRADAS:

"Película, "DROGA VIAJE SIN REGRESO"
Datos : "PEDRO A. RIVERA Y CIA. LTDA."
Verificados y Autenticados

por CIRCUITO PRESIDENTE:

FECHAS	ENTRADAS
OCTUBRE 27	74.881
NOVIEMBRE 6	179.941

NOVIEMBRE 13	23.947
DICIEMBRE 4	56.677
	355.446

"La doctora JEFE DE CONTROL, después de haber revisado los datos, los aprobó y gentilmente los pasó a su señoría para complementar la tarea adquirida".

Lo anterior permite evidenciar que los reportes mensuales de planillas junto con la carta o comunicación de que se viene hablando no constituyen un "acto complejo", pues es error de la actora querer asimilar sus peticiones, a actos administrativos. Por provenir tales comunicaciones de un ente particular que no cumple funciones públicas, jamás pueden calificarse como tales.

La actora luego de demandar un acto presunto por silencio administrativo negativo incurre ahora en la apelación, en una equivocación jurídica al sustentar el recurso sobre la premisa de que sus actos particulares configuran un "acto complejo", como si ellos fueran demandables.

Sin embargo, si lo que se propone quizás significar es que el acto complejo lo configuran los silencios administrativos negativos que se producen por la no respuesta a las peticiones de 27 de octubre, 6 y 13 de noviembre y 14 de diciembre de 1987, y a la comunicación de 26 de abril de 1988, entendiendo ésta como si fuese una verdadera solicitud y no como una recordación de las anteriores, como bien la concibió el *a-quo,* basta señalar que tales silencios administrativos no lo constituirían por la elemental razón de que ellos se originarían en una misma voluntad administrativa y no en dos voluntades distintas, presupuesto este insubstituíble para que se pueda hablar siquiera en principio del denominado en la doctrina y la jurisprudencia como acto complejo.

Ahora bien, para un cabal entendimiento de la cita que transcríbe la apelante como fundamento de su impugnación, es pertinente destacar que el *a-quo* viene diciendo precedentemente de ella que "...no puede hacerse pronunciamiento jurisdiccional favorable en relación con los actos administrativos presuntos no demandados expresamente, porque el actor sólo precisó individualizó el que según la Sala no se estructura como acto administrativo presunto, no obstante el actor haber expresado "... hay que relacionar esta última carta con ....", de lo cual se deduce que la recordada cita de la apelante está hecha fuera de contexto para tratar de inducir en error al juzgador.

En cuanto a que dejó de aplicarse el artículo 228, del Ordenamiento Constitucional, al no dar prelación al derecho sustancial, se advierte simplemente que tal aplicación no puede llegar al extremo de desconocer ciertos principios

fundamentales del derecho procesal administrativo y, en el presente caso, so pretexto de aplicar aquella norma, hacer un juzgamiento oficioso que le está vedado a esta jurisdicción, por ser de carácter rogado.

En otro términos, no podía el Tribunal en estricto derecho examinar unos cargos que no se habían formulado, ni menos hacer pronunciamientos sobre pretensiones inexistentes.

La apelante, pues, no logra desvirtuar los argumentos del Tribunal que llevaron a este a deducir una ineptitud sustantiva de la demanda.

Empero, ello no implica, como lo concluyó equivocadamente en su sentencia, "el fracaso de las pretensiones", máxime cuando allí mismo expresó, a renglón seguido, que por sus motivaciones "se abstiene de estudiar y pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada", sino que su jurídica consecuencia debió ser la de una decisión inhibitoria, incongruencia por la cual habrá de revocarse la parte resolutiva de la sentencia apelada.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar, INHIBESE de hacer pronunciamiento de fondo.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 08 de octubre de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera la jurisprudencia contenida en las sentencias de julio 17 de 1992, Exp. 1951, Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, Actor:OSCAR CONDE y la sentenciando 4 de diciembre de 1992, Exp. 2104, Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Actor: UNITRANSA

INCORA - Reconstrucción / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / ESTABLECIMIENTO PUBLICO / JUNTA DIRECTIVA - Facultades

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 adecúen 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 a aquél como una prórroga de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional pues tales organismos tienen dichas funciones de carácter administrativo en forma permanente 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.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. , ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia : Expediente No. 2439 DECRETOS DEL GOBIERNO Actora: ANA YOLANDA SEPULVEDA ROJAS.

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, contra la providencia proferida el 19 de julio del año en curso, en cuanto decretó la suspensión provisional del artículo 22 de Decreto 2137 de 1992, en la expresión "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo".

EL AUTO RECURRIDO:

Lo profirió la Sección Primera el 19 de julio de 1993 y en el además de admitir la demanda de nulidad presentada contra el Decreto 2137 de 30 de diciembre de 1992, en el numeral 2o. de la parte resolutiva, decretó "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".

Para decretar la Suspensión, la Sala, por ese entonces consideró que el Gobierno con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, no podía ampliar el término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo, o en otras palabras, no podía establecer un término adicional para modificar la estructura interna y la planta de personal del Incora, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales.

EL RECURSO INTERPUESTO:

Se fundamenta, entre otros, en los siguientes argumentos:

"1o.) Si bien es cierto que el Gobierno Nacional no podía ampliar el término para ejercer las facultades previstas en el art. 20 transitorio de la Constitución Nacional, si resulta claro que una vez agotado dicho período, el Gobierno tenía de todas formas la potestad de reglamentar los Decretos expedidos en desarrollo de la citada norma.

"2o.) En consecuencia, el correcto entendimiento del alcance del art 20 transitorio citado, es el de que el ejecutivo debía expedir los Decretos de modernización del Estado dentro del plazo indicado en dicha norma, es decir, 18 meses, como lo hizo en el presente caso; y con posterioridad, ejercer la potestad reglamentaria correspondiente para poder ejecutarlos, con el fin de colocar a las entidades públicas en consonancia con los mandatos de la Constitución Nacional y de los Decretos reglamentados.

"El hecho de que sé hubiera señalado un plazo de 6 meses para la ejecución de dichos Decretos, fue una autolimitación que se impuso el gobierno, pero es obvio que ella podía incurrir en cualquier tiempo posterior a los 18 meses, puesto que la Constitución no contempló límite alguno para la mencionada ejecución".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El recurso está llamado a prosperar, por las razones expuestas por esta misma Sala en sentencia del 9 de septiembre de 1993., expediente No. 2309, Actor: Juan Manuel Arríeta Herrera y otro, Consejero Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez.

En aquella oportunidad la Sala expresó:

"En relación con las funciones que el Gobierno mediante el Decretó 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 *ibidem* 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 nacíonales 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 dió 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 la 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 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 público y de las empresas industriales o comerciales del Estado adecúen 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 del carácter administrativo en forma permanente (artículos 26 literal b) Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978) para lo cual no se 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 indemnización de las personas que como consecuencia de aquélla resulten privadas de su cargo o empleo".

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

REVOCASE el numeral 2o. de la parte resolutiva del auto de 19 de julio de 1993, por el que se decretó 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" y en su lugar, DENIEGASE dicha suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el dia 08 del octubre de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL / ASISTENCIA PUBLICA / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Funciones / CONCEJO MUNICIPAL - Prohibiciones.

No son los Concejos Municipales a través de sus Acuerdos quienes pueden determinar la forma como debe prestarse la asistencia pública, ni quienes pueden ser beneficiarios de ésta, por ser del resorte exclusivo del legislador. La seguridad social es un servicio público, pero tanto bajo la vigencia de la Constitución anterior como en la actual, sin entrar en disquisiciones profundas sobre si existe o nó diferencia entre la asistencia pública y la seguridad, social o si ésta es o nó parte de aquélla, siempre se ha condicionado su prestación a la regulación legal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia : Expediente: No 2518. Recurso de apelación contra la sentencia de 12 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: PEDRO NEL HERRERA GARCIA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Envigado contra la sentencia de 12 de marzo de 1993 por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia. declaró la nulidad del Acuerdo No. 006 de 1988 "por medio del cual se crea el subsidio para los desempleados del municipio", expedido por el Concejo Municipal de Envigado.

SECCION PRIMERA

I-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Para adoptar la decisión anteriormente señalada el fallador de primer grado consideró principalmente lo siguiente:

1-. En cuanto a la excepción de caducidad por petición antes de tiempo, no prospera ya que una cosa es acudir en demanda por fuera del plazo señalado en la Ley o de manera extemporánea y otra muy distinta es la petición entes de tiempo que se configura cuando la ley ha establecido un plazo o condición para la exigibilidad de determinados derechos. Tal es el caso de la pensión de jubilación cuya exigibilidad se condiciona a ciertos requisitos de edad y tiempo de servicio.

La ausencia de publicación del Acuerdo demandado no impide un pronunciamiento jurisdiccional sobre su legalidad, pues el juicio que corresponde emitir a esta jurisdicción lo es de validez y nó de eficacia.

En el Acuerdo demandado existe una nota del Secretario del Municipio de Envigado en la que expresa que dicho Acuerdo fué publicado. Esta certificación que reposa en un documento público se presume cierta o auténtica y por tanto corresponde al opositor comprobar lo contrario mediante tacha de falsedad.

2-. El punto central de la controversia estriba en determinar si los Concejos Municipales tienen competencia para crear el subsidio para los desempleados.

De la exégesis de las normas constitucionales contenido en los artículos 17 y 19 de la anterior Constitución se desprende que la asistencia pública corresponde brindarla al Estado, no a otros entes territoriales como el Departamento o el Municipio; que para tener acceso a ella debe carecerse de medios de subsistencia o de derecho para exigirla a otras personas; estar físicamente incapacitado para trabajar y que corresponde a la Ley determinar la manera como debe prestarse esa asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.

Así lo expresó el Profesor León Duguit, nadie más autorizado que él para desentrañar el verdadero alcance de las previsiones de la reforma , la cual estuvo grandemente influída por sus ideas solidaristas.

3-. En defecto de la Ley que debe prever los términos en que deba cumplirse por el Estado la asistencia social, no podía el Concejo de Envigado destinar sus bienes y rentas a fines diferentes a los de los servicios que la Ley le ha asignado (artículo 99 ordinal 2o. C.de R.M.).

4-. Reparase además que de acuerdo con el artículo 182 de la Constitución Nacional anterior, salvo lo dispuesto en la misma Carta Política, es la Ley a iniciativa del Gobierno la que determina los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y costo de los mismos.

No debe olvidarse que la competencia de las autoridades públicas debe estar provista de manera expresa en un Estado de Derecho donde tenga plena vigencia el principio de legalidad (artículo 20 de la Constitución Nacional anterior y 6o. de la actual), principio éste consagrado hoy de manera enfática en el artículo 121.

5-. Si bien el acto demandado fué expedido durante la vigencia de la Constitución anterior y por ello no pudo invocaras la violación de la Carta de 1991, es pertinente hacer algunas reflexiones a la luz de algunos de sus preceptos tales como: el artículo 355 que prohíbe a todas las Ramas u Organos del Poder Público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o Jurídicas de derecho privado; el artículo 43 que establece a cargo del Estado el auxilio alimentario en favor de la mujer embarazada si estuviere desempleada o desamparada; el artículo 46 que consagra también a cargo del Estado el subsidio alimentario en favor de las personas de la tercera edad en caso de indigencia; y el artículo 368 que permite, entre otros, a los Municipios conceder subsidios en las tarifas de los servicios públicos domiciliarios para que puedan pagarlas las personas de menores ingresos.

6-. Aun cuando son plausibles los propósitos que inspiraron la creación del subsidio para los desempleados del municipio de Envigado, las reglas del Estado de Derecho implican la sujeción de todas las autoridades públicas a los mandatos de la Constitución Nacional que rigen en todo el territorio nacional.

Por lo anterior debe pues anularse el acto acusado.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION.

Los motivos de inconformidad del recurrente contra la sentencia apelada pueden resumirse así:

1-. LA SEGURIDAD SOCIAL.

Prolija es la jurisprudencia nacional cuando del tema de la seguridad social se trata. Igualmente existen en nuestro medio normas que la definen, aclaran y retroalimentan, tanto de rango constitucional como legal. Tratados Internacionales al respecto encontramos casi en exuberancia.

SECCION PRIMERA

Es innegable que dentro del texto del artículo 355 de la Constitución Nacional se alude a los auxilios entendidos como regalos, dádivas, obsequios o simplemente ayudas.

El subsidio creado por el Acuerdo No. 006 de 1988 no es un auxilio por cuanto puede enmarcarse dentro de una de estas tres situaciones: cuando se realice como pago, o contraprestación por un servicio recibido o contratado; cuando se realice en atención a una disposición legal que lo autorice u ordene y cuando se realice en cumplimiento de un deber constitucional o legal.

Conceptúan los señores Magistrados que el subsidio es un auxilio simplemente porque no existe una disposición que literalmente consagre su nombre.

Se olvidaron que ese subsidio es una forma clara e idónea de cumplir un deber constitucional: el deber de la asistencia y la seguridad social.

Con la sentencia que se impugna se desconoce olímpicamente el derecho sustancial a la asistencia social que explícitamente se percibe en el espíritu y en la letra de nuestra máxima norma, la misma que en el artículo 4o. prohibe a todos ponerse por fuera de su órbita y sobrepone sus propias disposiciones, cuando otra norma entra en contraposición con ellas.

La sentencia entra en una evidente incompatibilidad con el ordenamiento constitucional (Preámbulo de la Carta y artículos 1°., 2° y 13 *ibídem*), pues con el subsidio se pretende, como en efecto se ha logrado por parte del Concejo Municipal de Envigado, dignificar a sus súbditos al darles un instrumento vital para lograr la defensa integral de la familia, los niños, la mujer, la paz; garantizar la efectividad de los principios rectores de la Constitución: igualdad, solidaridad, eficiencia, justicia social, orden justo, primacía de la dignidad humana, etc., y adoptar medidas en favor de grupos discriminados y marginados.

El subsidio a los desempleados es una medida económica para implantar la paz. No se otorga en forma indiscriminada a todos quienes se aproximen a reclamar deportivamente manifestando su desocupación.

El Acuerdo acusado facultó al Alcalde como bien puede hacerlo conforme al artículo 313 numeral 3o. de la constitución y éste en ejercicio de tal facultad expidió el acto administrativo de 2 de marzo de 1989 vigente y como complemento de esta reglamentación se dictó la Resolución No. 237 de 12 de agosto de 1992.

Los artículos 16,22,25,44,48 y 94 de la Carta consagran indudablemente la legalidad del Acuerdo No. 006, ya que la paz solo se logra con asistencia y seguridad sociales. Para nadie resulta extraño que en Colombia el desempleo es abrumador y lo que hace el municipio de Envigado es un esfuerzo pues las bolsas de empleos no solucionan el problema y los desempleados tienen derechos constitucionales fundamentales. Para ellos también es la vida, ellos también son Envigado, por lo cual sí el Municipio dispone de recursos y de la organización para asistirlos, es su obligación legal y constitucional hacerlo.

La seguridad social es un servicio público. El subsidio al desempleo es una forma indiscutible de asistencia y seguridad social. Por ello no es más que un servicio público y por lo mismo no se contrapone a lo dispuesto en el artículo 99 ordinal 2o. del C.de R.M. y si así lo fuera, los artículos 13 y 48 de la Carta priman sobre él.

El argumento de la ilegalidad del subsidio porque no existe norma legal que lo consagre se cae por su peso ante el artículo 94 de la Constitución, que armonizando con el artículo 13 *ibídem* genera la certeza sobre los derechos de los marginados, discriminados y económicamente débiles que deben ser protegidos por las autoridades que están obligadas a velar por el bienestar general y por la vida de los asociados, con mayor razón si se atiende a los niños y a la familia para quienes es el subsidio de desempleo creado por el Acuerdo acusado.

Consideraciones de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias T-533 y T-3038 que ordenan la protección a un indigente resultan más ilustrativas, así como la No. T-426, expediente T-824 de 24 de junio de 1992 sobre solicitud de pensiones.

2-. LA SUPUESTA FALTA DE DESARROLLO LEGAL.

La Ley 74 de 1968 ratificó los pactos que desarrollan y dan creación a los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ella, como en los pactos y en la Declaración misma, se dispone que es un derecho el seguro de desempleo puesto que éste implica carencia de medios para subsistir.

El artículo 85 de la Constitución ordena la aplicación inmediata, entre otros, de los artículos 13 y 16 de la misma. En consecuencia es de inmediato cumplimiento el contenido de cada una de estas normas sin que tenga que esperar por parte de autoridad alguna que sea desarrollado, reglado o concretado.

SECCION PRIMERA

El seguro al desempleo o el subsidio al desempleo son derechos humanos que se hallan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificada por Colombia.

3-. DE LA COMPETENCIA.

El Concejo Municipal de Envigado lo único que hizo fué cumplir con los artículos 197 y 16 de la Constitución de 1886.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 313-1 consagró también como obligación de los Concejos reglamentar la eficiente prestación de los servicios a cargo del Municipio. La asistencia y la seguridad social son servicios públicos que constituyen obligación para todas las autoridades en sus respectivas jurisdicciones. Todo ello dentro de los principios previstos en la Carta, especialmente el de solidaridad consagrado en el artículo 95.

El mismo artículo 312-2 faculta a los Concejos para adoptar planes y programas de Desarrollo Económico y Social. El subsidio a los desempleados es el programa de Desarrollo Social más trascendental que corporación pública alguna haya implementado en favor de los marginados.

El Municipio de Envigado a través de su Concejo Municipal la obligación constitucional de dar prelación al gasto público social (artículo 366 de la Constitución).

La tendencia hacia la municipalización para la prestación de los servicios cuya tendencia se vé en las Leyes 1a. de 1975, 12 de 1986; 11 de 1986; Decreto Ley 77 de 1987; Decreto Ley 81 de 1987; Ley 29 de 1999 y Ley 10 de 1990, no permiten afirmar que el Municipio de Envigado no sea Estado y es más absurdo aún creer que esa célula básica. no pueda cubrir la asistencia social, cuando la Constitución, la Ley, la Justicia y la realidad disponen lo contrario.

La Constitución de 1991 reconoce autonomía municipal como la única alternativa para la efectiva realización del estado social de derecho y de la verdadera y democrática prestación de los servicios públicos.

Frente a dicha autonomía la Corte Constitucional en sentencia No.C-517 expresa que la Constitución y la Ley Orgánica del ordenamiento territorial son las encargadas de definir las competencias que los corresponden a las entidades territoriales y que a falta de esta última los entes territoriales tienen derecho a ejercer las competencias a que se refiere la Carta.

Los cargos que se le imputan el Acuerdo No. 006 si no resultan meridianamente claros a la luz de la Constitución de 1886, menos fundados están a la luz de la Carta de 1991 que por el contrario se convierte en su soporte insuperable.

III-. LA DECISION.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Resulta claro para la Sala que la controversia objeto de estudio debe analizarse a la luz de las disposiciones contenidas en la Carta Política de 1886, como quiera que bajo su vigencia se expidió el Acuerdo No. 006 de 16 de agosto de 1988, declarado nulo en la sentencia recurrida.

Dentro de las normas que señaló el actor como quebrantadas con el acto acusado y que tuvo en cuenta el *a quo* para proferir el fallo, se encuentran los artículos 19 y 197 de la Constitución de 1.886 y 92 a 99 del C.de R.M.

Observa la Sala que ciertamente el artículo 19 de la Constitución Nacional de 1886 es diáfano en cuanto consagra que la asistencia pública es función del Estado y que este debe prestarla bajo precisas condiciones cuales son: que el destinatario de la misma carezca de medios de subsistencia o de derecho a exigirla de otras personas o que se encuentre físicamente imposibilitado para trabajar, todo ello supeditado a la determinación que haga la LEY en cuanto a la forma como debe prestarse y los casos en que deba asumirla directamente el Estado.

Siendo ello así, forzoso es concluir que no son los Concejos Municipales a través de sus Acuerdos quienes pueden determinar la forma como debe prestarse la asistencia pública, ni quienes pueden ser beneficiarios de esta, por ser del resorte exclusivo del legislador.

No se aparta la Sala del hecho de que en la medida en que se ayude o subsidie a los marginados, desempleados o económicamente débiles se está contribuyendo en cierta forma a la paz, a garantizar el bienestar general de la familia, los niños, y, en fin a cumplir con los fines esenciales del Estado. Pero para la realización de tales fines han de tenerse siempre en cuenta los mandatos superiores que los regulan.

SECCION PRIMERA

Es evidente que la seguridad social es un servicio público, pero tanto bajo la vigencia de la Constitución anterior como en la actual, sin entrar en disquisiciones profundas sobre si existe o nó diferencia entre la asistencia pública y la seguridad social o si ésta es o nó parte de aquélla, siempre se ha condicionado su prestación a la regulación legal, así, el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 prevé que dicho servicio público de carácter obligatorio debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad Y EN LOS TERMINOS ME ESTABLEZCA LA LEY.

Cabe advertir que en este caso la regulación legal de que hablaba la Carta de 1886 en el artículo 19 no es la contenida en la Ley 74 de 1968 como señala el recurrente.

De otra parte, no se desconoce el hecho de que a partir de la reforma constitucional de 1968 se ha buscado robustecer o revitalizar las comunidades locales con el propósito de que adquieran autonomía que les permita gobernarse y administrarse de acuerdo con sus intereses, pero ello de ninguna manera puede considerarse como la expresión de un manejo absoluto e independiente del Estado al cual pertenecen, y, que, como en este caso, es quien debe dirigir, coordinar y controlar el servicio público de la seguridad social.

Las consideraciones que anteceden conducen a la Sala a confirmar la sentencia recurrida.

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

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia de 12 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente el Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída,discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha ocho de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

BIENES FISCALES / DERECHOS ADQUIRIDOS / BIENES DE USO PUBLICO - Inexistencia / ANTIGUO MORADOR / OCUPANTE DE HECHO.

Los bienes en conflicto no son de uso público, sino fiscales. Ello se infiere del contenido del artículo 3o. de la Ley 55 de 1966 que faculta al Gobernador del Departamento del Valle para vender o ceder en arrendamiento lotes o parcelas comprendidos dentro de la zona que la Nación cedió a favor del Departamento para la construcción del "Balneario del Pacífico". Cuando el artículo 3o. de la Ley 55 de 1966 faculta al Gobernador del Departamento para vender o ceder en arrendamiento lotes o parcelas comprendidos en la zona cedida por la Nación haciendo la salvedad de RESPETAR LOS DERECHOS DE TERCEROS LEGITIMAMENTE ADQUIRIDOS, se está refiriendo a los antiguos moradores, esto es, a quienes para la fecha de promulgación de la Ley tenían más de cinco años de posesión, así como también a los ocupantes de hecho con viviendas construídas con retroactividad de cinco años de dicha fecha, es decir, a 1961, y para nada se refiere dicho precepto a la situación de los ocupantes posteriores a dicha Ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. -Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente*: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2542. Recurso de apelación contra la sentencia de 4 de mayo de 1993, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actora: PROMOTORA DE TURISMO DEL PACIFICO LTDA.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la sociedad actora contra la sentencia de 4 de mayo de 1993, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las súplicas de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1.- La sociedad PROMOTORA DE TURISMO DEL PACIFICO LTDA, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca tendiente a que se hicieran las siguientes declaraciones:

1a): Que es nula la Resolución no. 0548 de 29 de julio de 1991, expedida por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, mediante la cual decidió "No acceder a la solicitud hecha por el Señor LEOPOLDO SANCHEZ CONCHA, respecto a otorgarle titulación sobre la extensión territorial en la que tiene aparente posesión, ya que dichos inmuebles son de uso público".

2a): Que es nula la Resolución no. 0931 de 24 de octubre de 1991, expedida por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, que al desatar el recurso de reposición confirmó en todas sus partes la Resolución anteriormente citada.

3a): Que como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordene al Departamento del Valle del Cauca otorgar a la demandante las escrituras públicas de propiedad sobre los predios que posee en "Ladrilleros", sector del "Balneario del Pacífico", identificados en el Catastro Rural del Municipio de Buenaventura así: predio no. 8749 con matrícula inmobiliaria no. 372-0005773 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buenaventura y predio no. 9032.

4a): Que igualmente a título de restablecimiento del derecho se condene al Departamento del Valle del Cauca a pagar en favor de la demandante los valores dejados de percibir por la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se pide, constituidos así: a): por daño emergente: los valores demostrados como perjuicios que ocasionó a la demandante el incumplimiento de "Cortuvalle" de su obligación legal de otorgar los títulos de propiedad sobre los inmuebles antes citados; b): por lucro cesante: los estudios técnicos y levantamientos topográficos, diseños, planos arquitectonicos del anteproyecto presentado a "Cortuvalle" el 13 de septiembre de 1978; el valor de las inversiones que realizó la demandante para construir las obras y realizar las actividades destinadas al desarrollo de los programas; y los valores que como rendimiento o renta deben

producir dichas inversiones desde el 6 de Noviembre de 1978 hasta la fecha en que se efectúe el pago real.

5a): Que se condene al Departamento del Valle del Cauca a pagar sobre las sumas anteriores la indexación monetaria conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE o el Banco de la República.

I.2-. Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 6o., 23, 58, 60 y 90 de la Constitución Política; 3o. y 9o. de la Ley 55 de 1966; Decreto Departamental no. 0609 de 8 de abril de 1974; 10o., 27, 30, 71 y 674 del C.C.; 4o. parágrafo 2o. del Decreto Ley 2733 de 1959 y 9o. a 16 del C.C.A.

I.3-. 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 primera instancia culminó con el proferimiento de la sentencia de 4 de mayo de 1993 que no accedió a lo solicitado por la demandante, la cual fue oportunamente apelada por ésta.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda el a quo consideró, en esencia, lo siguiente:

I-. La sociedad demandante solicita protección para su pretendido derecho a que se le titulen por parte del Departamento del Valle del Cauca unos terrenos que posee cerca de las playas de Juanchaco y Ladrilleros, por darse las condiciones previstas en la Ley 55 de 1966. Estima que los actos cuestionados le han violado su derecho por cuanto al no efectuar la titulación solicitada, no obstante haber cumplido todos los requisitos que se le exigieron, la Administración violó los artículos 6o., 23, y 60 de la Constitución Nacional ocasionando de paso con ello un daño antijurídico que debe ser reparado conforme al artículo 90 *ibídem*.

Que la argumentación de la Gobernación del Valle del Cauca para rechazar la petición se basó en el argumento de que los terrenos en cuestión tienen el carácter de bienes de uso público, por lo cual no podían ser cedidos, pero a la luz del ordenamiento jurídico colombiano (Código Civil, jurisprudencia y doctrina) los terrenos objeto de la Ley 55 de 1966 no pueden enmarcarse en la definición de tal clase de bienes.

Que de paso esa errónea conceptualización llevó a la Administración a la violación de las normas legales que regulan lo atinente a la interpretación de la ley y a un inadecuado entendimiento de los Decretos Ejecutivos nos. 2419 de 1934 y 098 de 1947 y de su relación con la Ley 55 de 1966.

Que el Decreto 2419 de 1934, que reservó con destino al uso público los terrenos baldíos circundantes de la bahía de Málaga, no tuvo cabal operancia al no cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 96 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), por lo cual tales terrenos no dejaron de tener el carácter de baldíos.

2-. La parte demandada rebate el concepto de la violación que se ha referido aduciendo que el Departamento no puede extralimitarse disponiendo de bienes públicos en beneficio particular, además que la actora no tiene legitimación para reclamar los derechos de "antiguo morador" por no corresponder su situación a la de aquél, y, que mientras no se realicen los estudios del uso del suelo, reordenamiento territorial e impacto ambiental que son del caso, no podrán hacerse las adjudicaciones pretendidas.

3-. Debe la Sala examinar si las normas jurídicas consagran el derecho que la demandante invoca y si ésta ostenta la calidad de titular del mismo para que se le titulen terrenos situados en la playa de Juanchaco y Ladrilleros, cedidos por la Nación al Departamento del Valle en virtud de la Ley 55 de 1966.

4-. Del contenido de los artículos lo. a 3o. y 9o. de la Ley 55 de 1966, se concluye lo siguiente:

a): Antes de la expedición de la Ley 55 de 1966 los terrenos cedidos por la Nación al Departamento del Valle del Cauca eran baldíos.

b): En virtud de la cesión los terrenos adquirieron la calificación de bienes fiscales susceptibles de ser vendidos, cedidos, arrendados o aportados a empresas o a particulares.

Las playas propiamente dichas conservan su calidad de bienes de uso público intransferibles.

c): La zona cedida debe destinarla el Departamento del Valle del Cauca a la construcción del "Balneario del Pacifico".

d): Las cesiones o traspasos que haga el Departamento deben dejar a salvo.derechos adquiridos de terceros.

e): La venta solo es posible hacerla a poseedores u ocupantes que al entrar en vigencia la Ley tuvieran vivienda construida o se comprometieran a construir viviendas o instalaciones turísticas en un plazo no mayor de seis meses.

f): No puede venderse más de una plaza (6.400 metros cuadrados) por persona o empresa.

g): Los únicos exonerados de Pagar los Predios ocupados son los antiguos moradores, o sea, las personas arraigadas en la región durante más de cinco años con anterioridad a la promulgación de la Ley, y quienes no contaren con ese tiempo deben pagar al Departamento los predios ocupados.

5-. Surgen dos preguntas inevitables: A quienes debe el Departamento del Valle titular terrenos en la zona; y tiene la sociedad demandante derecho a la titulación que reclama?.

En los términos de la demanda la demandante reclama escrituras públicas de traspaso respecto de lotes de 93.281 metros cuadrados y 31.000 metros cuadrados.

El Departamento del Valle está facultado por la Ley 55 de 1966 para vender, ceder o aportar lotes de la zona en cuestión y es obvio que si dentro de las facultades otorgadas el ente oficial opta por alguno de esos negocios, al implicar ellos traslado de la propiedad sobre inmuebles debe formalizarlos mediante escritura pública.

La obligación recae también con los ocupantes de hecho a que se refiere el artículo 9o. que hayan pagado sus predios, y con los antiguos moradores a quienes les bastará acreditar su condición. Pero las ventas sólo podrán efectuarse a los poseedores u ocupantes que al promulgarse la ley tuvieran construida vivienda o se obligaran a construirla dentro de un plazo no mayor de seis meses y no puede venderse más de 6.400 metros cuadrados.

La actora alega su condición de "antiguo morador" que le da derecho al otorgamiento de las escrituras relativas a los predios que ha poseído y a no pagar por ellos ningún precio.

Antiguo morador es la persona natural que por mucho tiempo ha estado arraigada a la región, Para estarlo debe haber tenido allí su hogar, casa o residencia, fuentes de ingreso, familia, amigos, afectos y desafectos. Como el concepto implica un elemento subjetivo o sentimental, sólo puede decirse que esa condición corresponde a las personas naturales.

La ley pretendió favorecer en primer lugar a los antiguos moradores. Dictó también disposiciones en beneficio de los demás poseedores u ocupantes de hecho sometiéndolos a otro régimen: el de pagar el precio de lo adjudicado.

La demandante no puede ser calificada como antiguo morador por no ser persona natural. Su situación es la de poseedora de los terrenos que adquirió mediante títulos legítimos, pero ello no la convierte en antiguo morador, pues esa condición que la da la relación directa con la tierra constituye un status personalísimo que no puede ser objeto de negocio o transferencia.

Respecto de los compromisos, ningún acuerdo mediante el cual se pretenda cambiar el régimen legal de los antiguos moradores u ocupantes de hecho previsto en la Ley 55 de 1966, como es el caso de "Cortuvalle", que en algún momento estuvo dispuesta a acceder a lo pedido, puede ser acogido, pues resultaría nulo por su contradicción con la ley.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad de la sociedad actora con la sentencia apelada pueden resumirse así:

1-. La demandante no ha dicho que es antiguo morador de la región, ni ha pretendido pasar por tal. Los hechos 1o. a 5o. de la demanda son muy explícitos en relatar la vinculación del señor Leopoldo Sánchez Concha a Juanchaco y Ladrilleros y dicen la fecha en que promovió y constituyó la sociedad demandante y en que ésta adquirió los predios cuya titulación reclama por todos los medios legales desde hace varios años.

2-. La definición que da el fallo de "antiguo morador" es distinta del significado que le da el artículo 9o. de la Ley 55 de 1966 que remonta a 1961 los cinco años que exige como mínimo para que cualquier persona tenga la calidad de antiguo morador de la región.

3-. La demandante adquirió los predios cuya titulación reclama, según las costumbres locales de la región, por documento privado y el ejercicio de actos reales e inconfundibles de dominio que poco tiempo después se elevaron a escritura pública por los antiguos moradores o anteriores poseedores.

Las ventas fueron efectuadas varios años después de la expedición de la Ley 55 de 1966, en cuyo cumplimiento debió el Departamento del Valle otorgar títulos de propiedad a dichos antiguos moradores.

SECCION PRIMERA

Entre los antiguos moradores que define la Ley 55 de 1966 se encuentran quienes vendieron los predios a la demandante, razón suficiente para que dicha Ley los considerara como terceros con derechos adquiridos para recibir de la Gobernación del Valle los títulos que protocolizaran la propiedad sobre los predios sin pagar por ellos.

4-. No existe en nuestra legislación norma alguna que prohíba al propietario transmitir su derecho legítimo de dominio sobre bienes inmuebles mediante venta, donación, permuta, compensación, sucesión por causa de muerte, etc., y, en consecuencia, no podría una decisión judicial establecer tal limitación de ese derecho.

Carece en absoluto de validez jurídica la afirmación contenida en el fallo recurrido sobre la inadmisibilidad de causahabientes de antiguos moradores de esas regiones, porque contradice derechos básicos definidos en la Constitución, la ley y los principios universales del derecho.

Si fuera válida la interpretación que se niega a admitir el derecho de los causahabientes debería concluirse también que no es causahabiente de un antiguo morador fallecido quien demuestre ser su heredero y por tanto carecería del derecho a recibir del Departamento del Valle el título de propiedad sobre un predio que el causante tenía en esa Región.

Con base en el concepto del doctor Fernando Hinestroza solicitado por "Cortuvalle", puede decirse que los derechos de los ocupantes de hecho para cuando la Ley entró a regir se confunden con los de sus causahabientes.

Se reducen a dos los mandamientos de dicha Ley: el derecho de los antiguos moradores y sus causahabientes a la cesión; y el derecho al precio de la cesión y al modo de ésta en los casos de ocupantes de hecho de 1966 y sus causahabientes y de los demás ocupantes posteriores.

6-. El derecho de la demandante se clasifica en la categoría de los causahabientes de antiguos moradores.

Con base en el concepto del doctor Fernando Hinestroza la Ley 55 de 1966 limitó la superficie de una plaza (6.400 metros cuadrados) por persona o empresa a la enajenación, es decir, al acto de pasar o transferir a otro el dominio de una cosa, que es lo que ocurre cuando se vende una cosa pero no cuando se reconoce un derecho mediante la titulación al antiguo morador.

La cesión del dominio que debe hacer la Gobernación del Valle a los antiguos moradores significa su reconocimiento a un dominio territorial que ya

tenían y que no implica, por lo tanto, celebrar un negocio de compraventa, ni acordar precio y otras condiciones.

7-. El compromiso de escriturar a la demandante está contenido en una decisión de la Junta Directiva de "Cortuvalle" y en dos oficios de la Gerencia, que ostenta la representación legal de dicha entidad, dirigidos a la demandante en 1982 y 1988, en ejercicio de poderes legalmente otorgados por la Gobernación, que por lo tanto comprometen la voluntad del Departamento, y no solamente la de un ente que hubiera actuado sin las facultades necesarias.

Así, la decisión de la Junta Directiva y los informes del Gerente a la demandante podrían asimilarse a actos preparatorios de los contratos de la Administración o bien a actos administrativos cuyos efectos jurídicos no pueden ser inocuos o inválidos mientras no se les declare nulos, y las nulidades deben ser declaradas expresamente y no es viable darles aplicación antes de estar en firme la respectiva decisión.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los principales fundamentos que tuvo la Gobernación del Departamento del Valle para denegar la solicitud de la actora en el sentido de que se le otorgue el título de propiedad sobre los predios situados en el área de la playa de Ladrilleros en el "Balneario del Pacífico", se reducen a dos: 1o): Los predios en cuestión son de uso público; y 2o): La posesión alegada no se enmarca dentro del concepto antiguo morador, pues éste se refiere a personas naturales ya que las personas jurídicas tienen domicilio y no morada.

En lo tocante al primer aspecto asiste razón al a quo en cuanto considera que los bienes en conflicto no son de uso público, sino fiscales. Ello se infiere del contenido del artículo 3o. de la Ley 55 de 1966 que faculta al Gobernador del Departamento del Valle para VENDER o ceder en arrendamiento lotes o parcelas comprendidos dentro de la zona que la Nación cedió a favor del Departamento para la construcción del "Balneario del Pacífico" .

El aspecto medular de la controversia descansa sobre el hecho de si puede la sociedad demandante en razón de haber adquirido la posesión de los inmuebles cuya titulación reclama, aducir la calidad de causahabiente de los antiguos moradores, quienes le transfirieron dicha posesión, y por lo tanto solicitar el mismo tratamiento que para éstos previó la Ley 55 de 1966.

En primer término debe la Sala precisar a la luz de la preceptiva de la Ley antes mencionada qué se entiende por antiguo morador y cuál es el alcance de la voluntad del legislador frente a éste.

SECCION PRIMERA

Ante todo cabe tener en cuenta que el Diccionario de la Lengua Española define a "antiguo" como "lo que existe desde hace mucho tiempo"; "morador" es "quien habita o está de asiento en un paraje"; y "morada" es "la estancia de asiento o residencia continuada en un paraje".

Preceptúa el artículo 9o. de la Ley 55 de 1966:

> "Los ocupantes de hecho en las playas de La Barra o Ladrilleros y Juanchaco, excepción hecha de los antiguos moradores de estas regiones, que tengan construidas viviendas con retroactividad de cinco (5) años a la fecha de promulgación de esta Ley, quedan obligados a pagar al Departamento del Valle los predios ocupados, una vez formalizada la cesión decretada en el artículo 2o., y de acuerdo con lo previsto en el artículo 3o. *ibídem*".

Del contenido de esta disposición emerge con claridad un tratamiento preferencial a los antiguos moradores (derecho a que se le titule el predio sin necesidad de pagar por él), que depende de una consideración especial que hace el legislador: tener en cuenta que dichas personas han estado arraigadas a la región, esto es, que tienen raíces, afectos, etc., en élla, en razón de haberla habitado desde hace mucho tiempo (por más de cinco años).

Cabe resaltar que cuando el artículo 3o. de la Ley 55 de 1966 faculta al Gobernador del Departamento para vender o ceder en arrendamiento lotes o parcelas comprendidos en la zona cedida por la Nación haciendo la salvedad de RESPETAR LOS DERECHOS DE TERCEROS LEGITIMAMENTE ADQUIRIDOS, se está refiriendo a los antiguos moradores, esto es, a quienes para la fecha de promulgación de la Ley tenían más de cinco años de posesión, así como también a los ocupantes de hecho con viviendas construidas con retroactividad de cinco años a dicha fecha, es decir, a 1961, y para nada se refiere dicho precepto a la situación de los ocupantes posteriores a dicha Ley, como equivocadamente lo afirma la recurrente.

Para la Sala el hecho de que el antiguo morador hubiere transferido la posesión que venía ejerciendo sobre un predio determinado, ya fuere en virtud de documento privado o de escritura pública, no convierte al adquirente en antiguo morador como para que pueda decirse que es causahabiente de éste en dicha condición, pues su derecho no se deriva de la Ley sino de un acto propio del antiguo morador.

El comprador es persona diferente del beneficiario de la Ley y por lo mismo el tratamiento preferencial que ella le otorga a éste, que es intuitu personae, no puede extenderse a aquél, quien sólo puede aducir la calidad de

poseedor legítimo o de buena fe pero no la de antiguo morador, como es el caso de la sociedad demandante.

En lo que respecta al compromiso que según la actora la Corporación de Turismo del Valle "CORTUVALLE" adquirió con ella para legalizarle las escrituras, estima la Sala que como dicha legalización, por mandato expreso del artículo 3o. de la Ley 55 de 1966, depende directamente del Gobierno Departamental del Valle del Cauca, la manifestación de voluntad de una entidad diferente no puede tener la capacidad suficiente para comprometer la del Departamento.

Las anteriores consideraciones justifican que se confirme el fallo apelado, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COSA JUZGADA - Improcedencia

Frente al caso *sub judice* no cabe predicar válidamente la ocurrencia de cosa juzgada, pues la "*causa petendi*" en cuanto a la violación del artículo 150-24 de la, Carta Política, a la cual se contrae esta cargo, no fué "juzgada" en el fallo de 22 de enero de 1993.

REGISTRO DE MARCA / CADUCIDAD / CONGRESO / COMPETENCIA / TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA INTERNACIONAL / POTESTAD REGLAMENTARIA

Mediante el acto acusado el Gobierno Nacional no invadió la órbita de competencia de aquél, pues, si la Decisión 313 de la comisión del Acuerdo de Cartagena tiene fuerza de ley, y en ella misma se consagra la causal de caducidad de los registros de las marcas por falta de pago, necesariamente se concluye que, sin perjuicio de dicha atribución permanente del Congreso, el Ejecutivo simplemente ejerció, respecto de ella, la potestad reglamentaria para su cumplida ejecución.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2221. Actor: JOSE JAVIER SERNA BARBOSA

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 José Javier Serna Barbosa en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 33 del Decreto 575 de 3 de abril de 1992, "por el cual se reglamenta parcialmente la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- ANTECEDENTES:

a.- El acto acusado:

El Decreto 575 de 1992, expedido por el Presidente de la República "...en ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial de las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, los artículos 618 y 2035 del Código de Comercio y en desarrollo de los artículos 121 y 122 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena", dispone en su artículo 33 lo siguiente:

> " Artículo 33. Títulos. En desarrollo del artículo 122 de la Decisión 313, concédese un plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto para retirar los títulos concedidos hasta la fecha, previo el pago de los derechos correspondientes.
>
> "Los titulares de los derechos que fueron concedidos conforme a la Decisión 85 gozarán del mismo plazo para pagar las tasas de mantenimiento proporcionales al tiempo que les quede de vigencia. Los titulares de derechos concedidos durante la vigencia de la Decición 311 gozarán del mismo plazo para pagar las tasas correspondientes al primer quinquenio.
>
> "Vencidos los términos anteriores, sin que se hayan efectuado los pagos correspondientes por parte de los titulares, se procederá conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Decisión 3130".

b.- Los hechos de la demanda:

En el acápite correspondiente (fls. 18 a 20), el actor, hace una reseña histórica del "Tratado Internacional de Integración Económica" (sic) o Acuerdo de Cartagena, sobre su objeto y aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 5a. de 1973, y sobre el contenido de los artículos 2o. de dicha Ley y 103 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

SECCION PRIMERA

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación .

La parte actora considera que el acto acusado incurre en violación de las siguientes normas, por las razones que, expresadas en la demanda, se resumen a continuación (fls. 20 a 22).

Primer cargo.- Violación del artículo 150 numeral 24 de la Constitución Política, pues si esta norma atribuye como función privativa del Congreso la de regular los asuntos de propiedad industrial, el Gobierno no podía, sin invadir la órbita de competencia de aquél, reglamentar una Decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, " ... no en cuestiones de poca monta, sino nada menos que en la creación de una causal de caducidad de un derecho concedido de acuerdo con la ley. Y lo hizo, además, a pesar de que la misma Decisición del Acuerdo de Cartagena remitía tal cuestión a la legislación del país miembro, lo que quiere decir, a los órganos competentes del respectivo país".

Segundo cargo.- Violación del artículo 58 de la Constitución Política, que consagra la garantía de la propiedad privada y de "... los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores...".

Si el registro de una marca otorga a su titular el derecho exclusivo a su uso, para los productos o servicios comprendidos en él, ello constituye un derecho adquirido con arreglo a la ley, el cual, según dicha norma no puede ser vulnerado por leyes posteriores.

El acto acusado, además de no tener categoría de ley, vulnera el mencionado derecho en la medida en que establece una causal de caducidad que no existía al momento en que el derecho, fue legítimamente adquirido.

Tercer cargo.- Infracción manifiesta del artículo 2o. de la Ley 8a. de 1973, el cual autoriza al Gobierno para "...poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta o de los organismos que desarrollen el Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) y no modifiquen la legislación o no sean materia del legislador", y dispone, igualmente que "'En cambio, tales decisiones, para la aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el Gobierno, cuando el Gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores'" (El texto y las subrayas son tomados del escrito de demanda).

Pese al claro texto de dicha norma, que no da márgen para interpretaciones, el Gobierno Nacional dictó el acto acusado sobre materias propias del legislador, y además ya regulada por la ley, o sea que incurrió al

mismo tiempo en la violación de los dos conceptos a los que se refiere el inciso 1o. del artículo 2o..." de la citada disposición legal.

Cuarto cargo.- Infracción manifiesta del artículo 103 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual consagra como causales de caducidad de un registro de marca la no solicitud de su renovación dentro del término legal, incluido el período de gracia, y "... la falta de pago de las tasas en los términos que acuerde la legislación nacional del país miembro".

Mediante el acto acusado el Gobierno hizo caso omiso de dicho mandato, que no remite a la reglamentación del Ejecutivo sino a la legislación interna, y procedió a fijar los términos para la caducidad del derecho de uso de una marca por falta de pago de las tasas. "Con ello contradijo abiertamente la disposición de un organismo multilateral de integración subregional, cuyas decisiones Colombia se obligó a respetar por un tratado internacional debidamente aprobado por ley y ratificado...".

d.- Las razones de la defensa:

En los escritos de contestación de la demanda (fls. 53 a 59 y 65 a 74) y en los alegatos de conclusión (fls. 87 a 89 y 98 a 104), la parte demandada (Nación- Ministerios de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior) expresa los argumentos que se resumen a continuación:

En relación con el primer cargo.- El apoderado de Nación- Ministerio de Comercio Exterior propone la excepción de cosa juzgada, fundamentándose en que mediante sentencia de 22 de enero de 1993 la Sección Primera del Consejo de Estado se pronunció sobre la competencia del Gobierno Nacional para expedir el Decreto 575 de 1992 y, en general, para reglamentar decisiones del Acuerdo de Cartagena. Al haberse denegado mediante dicha sentencia la pretensión anulatoria del citado Decreto, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 175 del C.C.A., "... la petición de nulidad de todo el Decreto 575 de 1992 o de cualquiera de las normas que lo integran, que se fundamente en la falta de competencia del Gobierno Nacional, debe ser desestimada ...".

El apoderado de la Nación- Ministerio de Desarrollo Económico expresa que en sentencia de 10 de noviembre de 1992 (Exp. No.2009), en la cual se denegó la solicitud de declarar la nulidad del Decreto acusado en este proceso, la Sección Primera del Consejo de Estado reiteró su jurisprudencia en el sentido de que las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena son actos con categoría legal, respecto de los cuales el Presidente de la República puede ejercer la potestad reglamentaria.

SECCION PRIMERA

En relación con el segundo cargo.- El apoderado de la Nación - Ministerio de Comercio Exterior, luego de citar jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia en relación con el concepto de "derechos adquiridos", concluye que "... como quiera que la norma que se impugna no fué la que estableció la causal de caducidad simplemente se limitó a reglamentarla, mal podría afirmarse que ella infringió el precepto constitucional que protege y garantiza el respeto por los derechos adquiridos".

Por su parte, el apoderado de la Nación - Ministerio de Desarrollo Económico, basándose, igualmente, en conceptos jurisprudenciales sobre el contenido de los "derechos adquiridos", cuya protección se consagra constitucionalmente, expresa que mediante la imposición de tasas no se desconoce ni vulnera ningún derecho de propiedad ..(...).. considerar que la utilización de un mecanismo, como lo es el de la caducidad primigeniamente contemplado en el artículo 103 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, para hacer efectivo el pago de éstas vulnera el mencionado derecho, es pretender que el Estado quede inerme frente a los titulares que han incumplido con dicha obligación".

En relación con el tercer cargo.- El apoderado de la Nación - Ministerio de Comercio Exterior, luego de transcribir la norma que en este cargo se alega como transgredída, expresa que en desarrollo del artículo 150-16 de la Constitución, y en aplicación de lo dispuesto por los artículos 2o. y 3o. del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 313, ya mencionada, tiene el carácter de ley, cuya reglamentación corresponde al Presidente de la República, como en efecto procedió a hacerlo mediante el Decreto parcialmente acusado, y que el mismo "... de ninguna manera viola lo dispuesto por la Ley 8a. de 1973, la ha de entenderse derogada en cuanto riña con las demás disposiciones aquí comentadas".

A su vez, el apoderado de la Nación - Ministerio de Desarrollo Económico manifiesta que de la transcripción del artículo 2o. de la Ley 8a. de 1973, que se hace en la demanda, se deduce que lo alegado es la violación de sus incisos segundo y tercero, y que, respecto de ellos, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de febrero de 1975, con ponencia del Magistrado doctor José Gabriel de Vega, declaró su inexequibilidad. Por ello considera que en virtud de los efectos de los fallos que declaran la inexequibilidad de normas jurídicas, no se presenta la violación de la norma indicada en este cargo.

En relación con el cuarto cargo.- El apoderado de la Nación - Ministerio de Comercio Exterior manifiesta que no es posible predicar la violación del artículo 103 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena,

pues si bien el registro de una marca confiere el derecho de usarla (art. 92 *ibídem*), ...el ejercicio de ese derecho está condicionado al cumplimiento pleno de todas y cada una de las condiciones y requisitos que han sido establecidos para ello", uno de los cuales es el pago de las tasas correspondientes. "Por lo tanto, quien adquiere el derecho, pero no cancela los valores respectivos, pierde el uso a tal derecho. Esa, precisamente, es la esencia de la caducidad, la cual no fué establecida por el acto acusado, sino por la misma norma cuya violación se alega. Además, dicha caducidad requería de reglamentación, "... entre otras razones para dar eficacia al principio de seguridad jurídica, toda vez que resultaría ineficaz la existencia de tal medida, sin un término que la concretara".

De otra parte, la expresión "legislación nacional" contenida en el artículo 103 de la Decisión 313, debe interpretase en el sentido de que dicha legislación no está integrada solo por las leyes en el sentido formal, sino, en sentido material, "... por los decretos, resoluciones y, en general, todas las disposiciones jurídicas de nuestro ordenamiento".

Respecto de este cargo, el apoderado de la Nación Ministerio de Desarrollo Económico, expresa argumentos similares a los que anteceden.

e.- La actuación surtida:

A la demanda se le dió el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacaras las siguientes actuaciones:

Por auto de 11 de noviembre de 1992 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 27 a 31). Esta última decisión fué confirmada por auto de 5 de marzo de 1993 (fls. 41 a 44).

Mediante providencia de 24 de junio de 1993 se denegó la solicitud de pruebas formulada por la parte actora (fls. 83 a 84).

Dentro del término concedido para alegar de conclusión (fl.86), las partes y el Ministerio hicieron uso de este derecho.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación considera que el acto acusado no incurre en violación del ordenamiento jurídico invocado en la demanda y que, por las razones que se resumen a continuación, deben denegarse las súplicas formuladas en ella (fls. 105 a 109).

SECCION PRIMERA

Como quiera que las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena tienen en nuestro ordenamiento jurídico categoría de ley y son el producto de un tratado internacional aprobado por Colombia, el Gobierno Nacional tiene facultad para reglamentarlas. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos. Además, "... la facultad del Gobierno para reglamentar sobre propiedad industrial se deriva también del compromiso adquirido, consignado en el artículo 122 *ibídem* (de la Decisión 313), de revisar los procedimientos administrativos existentes a fin de hacer efectivas las obligaciones que los corresponden a las personas titulares de un derecho marcario".

El acto acusado no creó ninguna causal de caducidad, pues ella estaba consagrada en el artículo 103 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Esto quiere decir que la disposición cuya declaratoria de nulidad se solicita sólo fija un plazo para el pago de las tazas, su pena de declarar la caducidad de los registros de marcas, pues "... es dable admitir que el mínimo deber a cumplir poder el interesado en ejercer los derechos sobre una marca, es de cancelar, dentro del respectivo plazo, las tazas que fije el Gobierno", sin que por ello se estén desconociendo derechos adquiridos.

De otra parte, cuando el artículo 103 de la Decisión 313 se remite a la legislación del país miembro,"...no se está refiriendo únicamente a la normatividad proferida por el Congreso de la República, sino que se refiere a toda la normatividad que forma parte del derecho positivo de cada país".

Por último, no hay lugar a referirse al cargo de violación de los incisos segundo y tercero de la Ley 8a. de 1973 pues, como acertadamente lo explica la defensa, tales normas fueron declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de febrero de 1975.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En relación con el primer cargo.- En primer término corresponde a la Sala pronunciarse sobre la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada, a lo cual se procede a continuación.

Mediante sentencia de 22 de enero de 1993, de la cual fue ponente el Consejero doctor Yesid Rojas Serrano (Exp. No.2080), esta Sección decidió la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad promovió el ciudadano Guillermo Vargas Ayala contra el Decreto 575 de 1992, contentivo del acto cuya declaratoria de nulidad se solicita en este proceso.

De la lectura de la citada sentencia la Sala observa que si bien en el libelo demandatario se alegó la violación del artículo 150-24 de la Constitución Política, entre las disposiciones, en las consideraciones del fallo no se analizó dicha norma de manera concreta y expresa, que permita deducir que la ausencia de la transgresión determinó la decisión de denegar las súplicas de la demanda.

La anterior constatación a la luz de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 175 del C. C.A., que regula los efectos de la cosa juzgada en relación con las sentencias que denieguen la solicitud de nulidad impetrada, lleva a la Sala a concluir que frente al caso sub judice no cabe predicar válidamente la ocurrencia de dicho fenómeno jurídico, por la "*causa petendi*" en cuanto a la violación del artículo 150-24 de la Carta Política, a la cual se contrae este cargo, no fué "juzgada" en el fallo de 22 de enero de 1993.

De otra, parte, además del fallo referido anteriormente, en el cual se fundamenta de manera expresa la excepción alegada por la parte demandada, la Sala hace notar que igualmente en fallo del 10 de noviembre de 1992 (Exp. No.2009) también se había pronunciado sobre la legalidad del Decreto 575 de 1992. Sin embargo, la Sala constata que la cosa juzgada tampoco se presente en relación con dicho fallo, pues si bien en él se denegó la declaratoria de nulidad del citado Decreto, en la demanda formulada no se invocó la transgresión del artículo 150-24 de la Carta Política y, por la misma razón, en las consideraciones del mismo no se analizó esta norma.

Por lo anterior, en la parte resolutiva de esta decisión se declará no probada la excepción propuesta.

Ahora bien, en cuanto al cargo de violación del artículo 150-24 de la Carta Política, el cual atribuye al Congreso la, función de "Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual", la Sala considera que mediante el acto acusado el Gobierno Nacional no invadió la órbita de competencia de aquél pues, como se precisará mas adelante, si la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena tiene fuerza de ley, y en ella misma se consagra la causal de caducidad de los registros de las marcas por falta de pago, necesariamente se concluye que, sin perjuicio de dicha atribución permanente del Congreso, el Ejecutivo simplemente ejerció, respecto de ella, la potestad reglamentaria para su cumplida ejecución.

En relación con el segundo cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 58 de la Carta Política, debido a que el acto acusado "... establece una causal de caducidad que no existía al momento en que el derecho fue legítimamente adquirido", la Sala considera que carece de toda vocación

prosperar, porque, sin que haya necesidad de analizar si los derechos que confiere a su titular el registro de una marca son o no de aquellos que garantiza dicha norma constitucional, de la simple lectura del artículo 33 del Decreto 575 de 1992, cuya nulidad se solicita, se evidencia que él no establece como causal de caducidad de los registros de marcas la falta de pago oportuno de los derechos o tasas que ellas comportan, toda vez que dicha causal de caducidad se encuentra contemplada en el artículo 103 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al cual simplemente se remite para efecto de dar aplicación a su mandato, en caso de incumplimiento de los pagos dentro del término que señala.

En relación con el tercer cargo.- A pesar de que este cargo se fundamenta en la violación del artículo 2o. de la Ley 8a. de 1973 por parte del acto acusado, la Sala considera que el mismo se refiere exclusivamente a la transgresión de los incisos segundo y tercero pues son los únicos transcritos, aún cuando defectuosamente, en la demanda.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los mencionados incisos fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de febrero de 1975 (Jurisprudencia y Doctrina, abril de 1975, págs. 298 a 306), como acertadamente lo hace notar la parte demandada, y que al momento de expedirse el Decreto 575 de 1992, contentivo del acto acusado, dichas normas habían desaparecido del mundo jurídico en virtud de los efectos de la declaratoria de inexequibilidad, la Sala se abstiene de analizar el cargo, por inexistencia de fundamento legal.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se discute la violación del artículo 103 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena por cuanto, en sentir del actor, al deferir dicha norma a "... la legislación nacional .." la facultad de fijar los términos en los cuales se produce o concreta la causal de caducidad del registro de las marcas por falta de pago de las tasas, el Ejecutivo carecía de competencia para establecerlos, la Sala considera que no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

1o.- Porque, como lo ha expresado la Sala frente a cargos similares al que se analiza, cuando el artículo 103 de la citada Decisión 313 habla de "la legislación", "...esta expresión no debe entenderse referida a la ley en sentido estricto como acto del Congreso, sino a toda norma escrita de derecho, de acuerdo con las diferentes escalas de la jerarquía normativa" (sentencia de 11 de diciembre de 1992. Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Actores : Bernardo Arbeláez Martínez y Pedro Pablo Camargo. Expedientes acumulados Nos. 1969 y 1955).

2o.- Porque si en virtud de lo dispuesto por los artículos II y III del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante Ley 17 de 1980, la citada Decisión 313 forma parte del ordenamiento jurídico colombiano a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo (14 de febrero de 1992), y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene categoría legal, "...es perfectamente jurídico y posible que el Presidente de la República pueda ejercer la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189 ordinal 11 de la nueva Carta, conforme lo dijo esta Sección en sentencia de 28 de febrero de 1991 ... " (sentencia de 10 de noviembre de 1992. Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Actor : Luz Clemencia de Páez. Exp. No. 2009) .

Adicionalmente, y con base en lo expuesto, la Sala considera que el acto acusado, en lugar de infringir la disposición legal que se reputa violada en este cargo, le da cumplimiento a ella y al compromiso adquirido por Colombia en la misma Decisión 313 "... a revisar sus procedimientos administrativos a fin de salvaguardar los derechos y obligaciones que corresponden a los particulares, de conformidad con la presente Decisión", y es la necesaria consecuencia del ejercicio de las funciones atribuidas constitucionalmente al Presidente de la República de dirigir las relaciones internacionales y de velar por el estricto cumplimiento de las leyes (art. 189, numerales 2. y 10.).

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 de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- No prospera la excepción de cosa juzgada en relación con la solicitud de declaratoria de nulidad del acto acusado por ser violatorio del artículo 150 numeral 24 de la Constitución Política.

Segundo.- Declárase inhibido para pronunciarse sobre la solicitud de declaratoria de nulidad del acto acusado por ser violatorio de los incisos segundo y tercero del artículo 2o. de la Ley 8a. de 1973, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- DENIEGASE las pretensiones de la demanda.

Cuarto.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Quinto.- Comuníquese esta decisión a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Ministerio de Comercio Exterior.

Sexto.- En firme este fallo, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel Gozález Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION / EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL - Vigilancia / FUNCIONES DE LA RAMA JUDICIAL - Vigilancia / SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Para que proceda la medida cautelar impetrada, habría necesidad de realizar un ponderado y detenido estudio de todas aquellas normas constitucionales y legales de las cuales, según los considerandos del acto acusado, deriva la competencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer de procesos disciplinarios en contra de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial que allí se mencionan, a lo cual sólo es posible proceder en la sentencia. Si bien el artículo 8o. del Decreto 2652 de 1991 atribuye competencia a las Sala Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales para que, en ejercicio de su función disciplinaria, adelanten "...las investigaciones relacionadas con los empleados y funcionarios de la Rama Judicial...", la misma norma señala que ella se ejercerá "...sin perjuicio de la competencia atribuido a la Procuraduría General de la Nación en relación con la vigilancia superior de quienes desempeñan funciones públicas...".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2614 Actor: JOSE LENIN STRUSBERG

El ciudadano y abogado José Lenín Strusberg, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para

demandar, previa suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de la Resolución No.R016 de 23 de julio de 1993, "Por medio de la cual se atribuyen funciones", expedida por el señor Procurador General de la Nación, la cual con fundamento en nueve (9) considerandos en los que se transcriben parcialmente o se hace alusión a diferentes normas constitucionales y legales, dispone en su articulado lo referente a la distribución de funciones en materia de procesos disciplinarios que se adelanten contra los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, Dirección Nacional de Administración Judicial, Justicia Penal Militar y contra quienes ejerzan transitoriamente funciones judiciales o auxiliares de la justicia, con exclusión de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura y del Fiscal General de la Nación, todo ello de acuerdo con el texto que aparece a folios 1 a 6 del expediente.

En atención a 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 se decrete la suspensión provisional del acto acusado por incurrir en violación manifiesta del artículo 121 en concordancia con los artículos 150-23, 256-3, 277-6 y 279 de la Constitución Política, y de los artículos 2o. literal f) de la Ley 4a. de 1990, 8o., 9a. numerales 3 y 4, 10o. y 29 del Decreto 2652 de 1991.

El accionante expresa que dicha violación se evidencia de la simple confrontación del acto acusado con las normas superiores, utilizando el sistema de la doble columna, a lo cual procede en su solicitud de la siguiente manera: en la primera columna transcribe algunas frases o expresiones de los artículos 1o. a 5o. de dicho acto y en la segunda de ellas las referidas disposiciones superiores, a excepción del artículo 29 del Decreto 2652 de 1991, con breves comentarios para indicar su transgresión.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que en la columna en que se transcriben las disposiciones superiores que se estiman quebrantadas, el solicitante de la medida formula acusaciones concretas "... al contenido mismo de la resolución acusada ... ", la Sala se referirá a ellas en primer término, agrupándolas en un solo cargo. Acto seguido, la Sala analizará las demás violaciones normativas formuladas en la solicitud de suspensión provisional, agrupándolas en un segundo cargo.

Primer cargo.- Violación manifiesta del artículo 256-3 de la Constitución Política de los artículos 8o 9o. numerales 3 y 4 y 10o. del Decreto 2652 de 1991, y del artículo 2o., literal f).de la Ley 4a. de 1990.

Análisis del cargo.- Teniendo en cuenta que el fundamento de la solicitud de suspensión provisional radica en que la transgresión de dichas normas se evidencia de su simple confrontación con el acto acusado, la Sala, para efecto de realizar dicho ejercicio, procede a transcribirlas.

Constitución Política:

"Artículo 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

".....

".....

"3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en ejercicio de su profesión, en las instancias que señale la ley".

"**Decreto 2652 de 1991**, "Por el cual se adoptan medidas administrativas para el funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura".

"ARTICULO 8o. Las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales, ejercerán su función disciplinaria sin perjuicio de la competencia atribuido a la Procuraduría General de la Nación en relación con la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, en cuyo cumplimiento ésta podrá adelantar las investigaciones relacionadas con los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y formular ante la autoridad competente la acusación a que haya lugar.

"ARTICULO 9o. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior:
".....

SECCION PRIMERA

".....

"3. Conocer en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, y el Fiscal General, por causa distinta a la indignidad por mala conducta, así como de los magistrados de los tribunales y consejos seccionales y de los demás funcionarios cuya designación corresponda al Consejo Superior.

"De las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura conocerá en única instancia una sala especial integrada por los conjueces de la Corporación.

"4. Conocer de los recursos de apelación y de hecho, así como de la consulta, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los Consejos Seccionales, el Fiscal General y el Director de Administración Judicial.

"ARTICULO 10. Corresponde a la Sala Disciplinaria de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

"1. Conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los jueces, los abogados en ejercicio, y los empleados de su dependencia.

"2. Conocer de los recursos de apelación y de hecho, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los tribunales, los jueces y el correspondiente director seccional de administración judicial.

"3. Resolver los impedimentos y recusaciones que se presentan en las actuaciones de los magistrados del Consejo Seccional.

Ley 4a. de 1990

"ARTICULO 2o.- El Procurador General de la Nación tendrá las siguientes funciones:

"a).....
".....

"……

"f) Determinar mediante resolución las funciones especiales de cada uno de los empleados y la forma de acreditar los requisitos señalados para cada uno de ellos; reglamentar la distribución del trabajo y la organización interna de la Procuraduría General de la Nación".

Luego de confrontar las disposiciones transcritas con la resolución acusada, la Sala constata y considera lo siguiente:

1o.- Que si bien el artículo 256-3 de la Carta Política atribuye competencia al Consejo Superior de la Judicatura y a los Consejos Seccionales para examinar la conducta y sancionar las faltas, entre otros, de los funcionarios de la rama judicial, la misma norma señala que tal competencia se ejercerá " ... de acuerdo con la ley... " y "... en la instancia que señale la ley". Enfrentada dicha disposición con el acto acusado, la Sala no encuentra que éste incurra en infracción de aquella, en el grado de "manifiesta" que exige el artículo 152 del C.C.A. para que proceda la medida cautelar impetrada, pues para llegar a las conclusiones del actor o a otras diferentes, habría necesidad de realizar un ponderado y detenido estudio de todas aquellas normas constitucionales y legales de las cuales, según los considerandos del acto acusado, deriva la competencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer de procesos disciplinarios en contra de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial que allí se mencionan, a lo cual sólo es posible proceder en la sentencia, luego de conocer los antecedentes administrativos de dicho acto, y luego de escuchar los argumentos de la parte demandada y de los intervinientes, si los hubiere.

2o.- Que si bien el artículo 8o. del Decreto 2652 de 1991 atribuye competencia a las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales para que, en ejercicio de su función disciplinaria, adelanten "...las investigaciones relacionadas con, los empleados y funcionarios de la Rama Judicial ... ", la misma norma señala que ella se ejercerá "... sin perjuicio de la competencia atribuido a la Procuraduría General de la Nación en relación con la vigilancia superior de quienes desempeñan funciones públicas..." y que, como consecuencia de esas investigaciones, a dichas Salas les corresponderá "... formular ante la autoridad competente la acusación a que haya lugar". Frente a la anotada norma, la Sala considera que para deducir su violación o la ausencia de ella por parte del acto acusado habría necesidad de hacer un estudio de fondo para responder a una serie de interrogantes que surgen en relación con sus mandatos, tales como el de determinar un contenido, los límites y el alcance de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para ejercer, respecto de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, la Vigilancia Superior de la conducta oficial de quienes desempeñan

funciones públicas, y el de precisar quién es la "autoridad competente" para conocer de las acusaciones que ante ella formulen las Salas Disciplinarías del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales. Lo anterior desvirtúa, por sí mismo, el cargo de violación manifiesta del artículo 8o. del Decreto 2652 de 1992.

3o.- Que a pesar de que el artículo 9o. numerales 3 y 4 del Decreto 2652 de 1991, asigna como función de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la de conocer en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten, entre otros funcionarios, contra "... los magistrados de los tribunales y Consejos Seccionales y de los demás funcionarios cuya designación corresponda al Consejo Superior", y de "los recursos de apelación y de hecho, así como de la consulta, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los Consejos Seccionales, el Fiscal General y el Director de Administración Judicial", en esta etapa procesal no es posible concluir acerca de su violación manifiesta y flagrante por parte del acto acusado, ya que el artículo 8o. ibidem dispone que la función disciplinaría de la Sala (Jurisdiccional) Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se ejercerá "... sin perjuicio de la competencia atribuida a la Procuraduría General de la Nación en relación con la Vigilancia Superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas ... ". Por la anotada razón, en el estudio de fondo que se haga con motivo de la sentencia deberán analizarse cuidadosamente todas las disposiciones que se invocan como fundamento del acto acusado, y despejarse, para el estudio de este cargo, los mismos interrogantes planteados por la Sala en el ordinal 2o.., que antecede.

4o.- Que en virtud de las constataciones y consideraciones precedentes, tampoco cabe predicar la violación manifiesta del artículo 10o. del Decreto 2652 de 1991.

5o. - Que, fundamentándose el cargo de violación del articulo 2o., literal f) de la Ley 4a. de 1990 en que "...es claro que el Procurador en la resolución objeto de esta acción, no está determinando funciones a los empleados (aunque debe leerse empleos, por cuanto es a estos que se les determinan funciones) , sino como se dijo, a dependencias de la Procuraduría, como son las delegadas" (paréntesis del texto original, fls. 23 y 24), la Sala considera que no está llamado a prosperar, pues la misma disposición que se indica como transgredida atribuye también al Procurador General de la función de " ... reglamentar la distribución del trabajo... " de dicho organismo, a cuyo fin parece dirigirse la resolución acusada.

La Sala hace notar que las anteriores consideraciones no se ven afectadas por la declaratoria de inexequibilidad de parte del numeral 3 del artículo 9o. del

Decreto 2652 de 1991, producida por la Corte Constitucional mediante sentencia del 4 de octubre de 1993 (Expediente D-243. Actor: Edgar Eduardo Cortés Prieto).

Segundo cargo.- Violación de los artículos 121 de la Constitución Política, que prohíbe a las autoridades del Estado "... ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"; 150-23 *ibídem*, que asigna al Congreso la función de "Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas, y la prestación de los servicios públicos" y 277-6 *ibídem* que consagra como función del Procurador General de la Nación "Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

Análisis del cargo.- De la lectura de las mencionadas disposiciones la Sala no encuentra que ellas resulten violadas en forma manifiesta por la Resolución acusada, pues de acuerdo con lo expresado en el análisis del primer cargo no es posible determinar en este momento procesal que mediante dicho acto el Procurador General de la Nación ejerció funciones distintas de las que atribuyen la Constitución y la ley.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- ADMITESE la demanda presentada por el ciudadano José Lenín Strusberg.

En consecuencia se dispone:

a) Tener como parte demandante al citado ciudadano.

Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el señor Procurador General de la Nación.

Notifíquese personalmente esta decisión al señor Procurador General de la Nación, 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 Procuraduría General de la Nación, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusados, dentro del término de diez (10) días contados a partir de aquél en que reciba el correspondiente oficio.

g) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, y en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, el demandante deberá depositar la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) , en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2o.- DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz* (ausente), *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COMPAÑIA DE VIGILANCIA DE FUNCIONAMIENTO - Cancelación / MINISTERIO DE DEFENSA - Facultades / ACTO DISCRECIONAL

Dentro de la discrecionalidad que el es potestativa al Ministerio de Defensa, se ve claramente que, en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 4o. del Decreto 334/88 que lo sirve de pauta para estos efectos, bien podía en cualquier tiempo, habiendo tenido conocimiento del incumplimiento de los requisitos que deben mantener las empresas de vigilancia, revocar su licencia. Es así como, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo al prescribir que la decisión discrecional "debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa", no ha sido violado dadas las circunstancias de estricta interpretación del acto demandado a las necesidades del momento que hicieron necesaria la expedición del Decreto 334 de 1988 "por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2359 AUTORIDADES NACIONALES Actor: SOCIEDAD SEGURIDAD EXPRESS LTDA..

Interpuesto por el apoderado de la parte actora, llega a esta Corporación el recurso de apelación contra la sentencia de 28 de enero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuánto denegó las súplicas

de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos. 2674 de 20 de mayo del 1988 y 5683 de 31 de agosto de 1988, expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional. Por medio de estas resoluciones, se canceló la licencia de funcionamiento que había sido concedida mediante Resolución No. 4445 de 16 de junio de 1987 a la empresa de vigilancia Seguridad Express Ltda..

LA ACCION.

El accionante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en su libelo inicial expone los hechos que le dan fundamento a su acción y estima violadas las siguientes normas:

Los artículos 36 y 84 del Decreto 01 de 1984; 2o. y 4o. del Decreto 334 de 1988, por cuanto se trata de decisiones de carácter particular adoptadas con extra limitaciones de las facultades concedidas y con una falsa motivación.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

El Tribunal en sentencia del 28 de enero de 1993, denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando sus consideraciones de la siguiente manera:

Según el accionante los actos acusados adolecen de falsa motivación y la argumentación desplegada en los mismos no corresponde a la realidad, lo cual genera desviación de poder en su expedición.

Para la Sala el artículo 4o. del Decreto 334 de 1988 otorgó a la administración la facultad de revocar licencias de funcionamiento expedidas a las empresas de vigilancia privada, con base en una de las causales enumeradas en dicho ordenamiento; para tal efecto la administración adujo una de aquellas, aunque en la práctica sucedió que la licencia no se renovó una vez vencido el período inicial para la cual había sido expedida.

En consecuencia -considera el Tribunal-, no puede alegarse falsa motivación, puesto que la administración sí expuso la causal de falta de contribución efectiva a la seguridad pública, la cual está contemplada en el decreto anteriormente mencionado; por otra parte, la información suscrita por la Cuarta Brigada es de una claridad meridiana cuando acusa a la actora de prestar servicio de escoltas a personas vinculadas con el narcotráfico, sirviendo esto también de motivación a la administración para proceder.

De otro lado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca establece que no puede hablarse de desviación de poder en la medida en que el accionante no

demostró fehacientemente que la decisión adoptada en los actos acusados, hubiera sido fundamentada en móviles oscuros y diferentes del buen servicio público.

LA APELACION:

La sentencia fue recurrida por el apoderado de la parte actora, reiterando lo esbozado en los hechos del *libelo*.

Asevera que las afirmaciones hechas por el juzgador de primera instancia no son valederas para la cancelación de la licencia a Seguridad Express, en razón a que unos hechos no son ciertos, otros no son relevantes o simplemente no fueron probados dentro del proceso.

De otro lado, el hecho de que el señor Muñoz Aristizabal fuera representante legal de Seguridad Nutibara y que luego lo fuera de Seguridad Express, no es suficiente para deducir que se trata de la misma empresa y que solamente existió cambio de razón social.

El Ministerio de Defensa procedió por su parte a cancelar la licencia de funcionamiento de Seguridad Express Ltda. argumentando una de las causales contempladas en el Decreto 334 de 1988, pero sin que adujeran la prueba de dicha causal o las razones de hecho para llegar a esa conclusión. Tal Ministerio, posteriormente, confirmó dicha resolución limitándose a afirmar que los motivos tenidos en cuenta para cancelar la licencia, no habían variado.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Durante el traslado para alegar de conclusión en la segunda instancia, tanto la parte actora como la Procuraduría Delegada ante esta Corporación, guardaron silencio.

Por su parte, el Ministerio de Defensa, a través de su apoderada, considera que la decisión del *a-quo* debe mantenerse, en razón a que con base en las pruebas se demostró que Seguridad Express Ltda. incurrió en la causal aducida por el ente demandado.

Por otra parte, era deber del demandante demostrar la nulidad de los actos, probar que fueron expedidos ilegalmente o con abuso de poder; es decir, le correspondía desvirtuar la presunción de legalidad de la cual gozan dichos actos, cuestión que no hizo el accionante, en razón a que el caso en cuestión observó la totalidad de los elementos que configuran el acto administrativo.

SECCION PRIMERA

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Siendo objetivo primario de este estudio final de la controversia que entra a definirse en la segunda instancia, el verificar si los actos administrativos demandados fueron expedidos o no conforme a derecho y, por ende, si la providencia apelada se dictó en riguroso cumplimiento de esa finalidad, esto es, el imperio de la legalidad, se abocará de una vez el exámen comparativo entre esos actos y las normas superiores a las cuales estaban sujetos y que por el contrario, según lo afirma el demandante, fueron por los mismos infringidos.

Menciona el *libelista*, en primer lugar, los artículos 36 del Código Contencioso Administrativo y 2o. del Decreto 334 de 1988. Dichas normas rezan respectivamente:

> "(C.C.A., Art. 36) "Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa".
>
> "(Decreto 334 de 1988. Art. 2o.). "Para constituir una sociedad de vigilancia privada, se deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Defensa, el cual ordenará la publicación de un aviso de intención en dos periódicos de circulación nacional, donde aparecerán los nombres y documentos de identificación de los socios y los futuros representantes, el lugar donde se va a ejercer su objeto social y el capital social.
>
> "Transcurrido un mes después de la última publicación, el Ministerio de Defensa investigará por cualquier medio que estime conveniente si las personas expresadas en el aviso no registran antecedentes penales o de mala conducta, y si la seguridad pública será fomentada al otorgarle a dicha empresa el permiso para ejercer la actividad de vigilancia privada. Cuando el Ministerio se cerciore por tal investigación si es conveniente o no permitir el ejercicio de la actividad de la futura sociedad, podrá aprobar o rechazar discrecionalmente la solicitud correspondiente, lo cual será comunicado a los interesados".

Manifiesta que también son violados por las Resoluciones demandadas, las prescripciones contenidas en los artículos 4o. del Decreto 344 de 1988 y 84 del Decreto 01 de 1984. Sus textos son los siguientes:

> (Decreto 334 de 1988. Art. 4o.). "En cualquier tiempo en que el Ministerio de Defensa tenga conocimiento de que alguna empresa de vigilancia privada a la que se haya expedido licencia de funcionamiento viole

cualquiera de las disposiciones legales, o ejerza su objeto social en forma no autorizada, o preste servicio de vigilancia a delincuentes o a personas vinculadas directa o indirectamente con el tráfico de estupefacientes o con el terrorismo, o no contribuya efectivamente con la seguridad pública, o sus socios o representantes estén vinculados a cualquiera de las actividades atrás señaladas, podrá revocar la respectiva licencia".

(Decreto 01 de 1984. Art. 84). "Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

"Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

"También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro".

La alegada violación de esta última norma, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en gracia a la organización de estas consideraciones, habrá de despacharse de una vez poniendo de relieve la improcedencia de su citación como una de las normas transgredidas con los actos demandados. Puede ser citada, ciertamente, como fundamento legal de la demanda, como en efecto lo hace el demandante bajo el rótulo de las "normas legales aplicables", pero no hay una explicación lógico jurídica que pueda demostrar su violación siendo, por el contrario, por su mismo enunciado, el medio proporcionado por la ley para someter a juicio, ante las autoridades competentes, "los actos administrativos que infrinjan las normas en que deberían fundarse" o hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento de derecho de audiencias o defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió". La omisión de los requisitos de la competencia, voluntad, finalidad, motivo y forma a que alude el demandante y los cuales están en listados en este artículo, puede constituir causal de demanda de los actos así expedidos y eso hace que la evocación de estos eventos sea meramente enunciativa. Habría sí violación de este artículo cuando el juzgador, aduciendo motivos cuestionabas, no admita la demanda de nulidad contra un determinado acto administrativo dictado bajo una de las características señaladas.

SECCION PRIMERA

Se dispone pues la Sala a estudiar cuál puede ser la ofensa infringida a las tres normas restantes, ya transcritas.

Entre los considerandos que introducen el Decreto 334 de 1988, se tiene:

"Que la autorización para el funcionamiento de las Compañías de Vigilancia Privada es un acto discrecional del Estado por cuanto a éste le corresponde la seguridad de las personas, en sus vidas, honra y bienes;

"Que la delincuencia organizada ha procurado obtener licencia para el porte de armas a través de algunas Compañías de Vigilancia Privada de propiedad de terceras personas vinculadas a tales grupos delictivos;

"Que es deber del Gobierno Nacional adoptar todas las medidas conducentes al restablecimiento del orden público".

Habida cuenta de la obligación constitucional que tiene el Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y de adoptar todas las medidas conducentes al restablecimiento del orden público, el Decreto de Estado de Sitio 334 de 1988 dispuso, como acto discrecional, un régimen especial al cual debían someterse las empresas de vigilancia privada autorizadas en el artículo 149 del Decreto Ley 2137 de 1983.

La Resolución número 2674 de 1988 -acto principal demandado- dictada por el señor Ministro de Defensa dispone, en uso de sus facultades legales, entre ellas las conferidas en el Decreto que se acaba de mencionar, la cancelación de la licencia de funcionamiento de la Empresa de Vigilancia SEGURIDAD EXPRESS LTDA., con sede en la ciudad de Medellín y su área metropolitana.

Aunque la medida tomada, como ya se dijo, es discrecional, el Gobierno la motiva diciendo que "la Empresa SEGURIDAD EXPRESS LTDA., no está contribuyendo efectivamente con la seguridad pública".

La anterior decisión es confirmada mediante Resolución 5683 del 31 de agosto del mismo año (1988), al considerar "Que los motivos que dieron origen a la cancelación de la licencia de funcionamiento de la referida empresa de vigilancia no han variado". Reitera además, "Que el Decreto 334 de 1988 en su artículo 4o. establece la facultad del Ministerio de Defensa, de revocar la licencia de funcionamiento cuando se dé alguno de los presupuestos de la norma, en este caso por no contribuir a la seguridad pública".

En efecto, el artículo 4o mencionado, y ya transcrito en esta providencia, da la facultad al Ministerio de Defensa de revocar la licencia, en cualquier tiempo, cuando se tenga conocimiento de que alguna empresa de vigilancia privada no cumpla con algunos requisitos, entre ellos, el de no contribuir "efectivamente con la seguridad pública". Guarda concordancia esta norma con lo dispuesto en el artículo 2o. , *ibídem*, cuando dice: "..Cuando el Ministerio se cerciore por tal investigación si es conveniente o no permitir el ejercicio de la actividad de la futura sociedad, podrá aprobar o rechazar discrecionalmente la solicitud correspondiente, lo cual será comunicado a los interesados". (subraya la Sala).

Examinando el expediente, se encuentra a folios 162 a 166 una serie de documentos que bien vale la pena analizar a fin de dar luz a la controversia suscitada. A folios 162 y 163, consta que el "Departamento Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, emite concepto DESFAVORABLE sobre la viabilidad de venta de armas a la Compañía "SEGURIDAD EXPRESS LTDA" dando aplicación al Artículo 4o. del Decreto 334 del 24-FEB 88".

Como antecedentes que impiden la expedición de licencia de funcionamiento, se anota:

> "COMPROBANTES DE CONTABILIDAD EN LOS QUE SE REGISTRA EL PAGO DE DINERO POR SERVICIO DE VIGILANCIA A FAMILIARES DE NARCOTRAFICANTES SEGUN INFORMACION DE LA BR-4, EN OFICIO No. 003073 DEL 05- MAY-88"

En oficio del 17 de mayo de 1988, el General Nelson Mejía Henao, Jefe del Estado Mayor Conjunto, expresa:

> "... El Comando General emite concepto desfavorable sobre la viabilidad de venta de armas de la Compañía de Vigilancia Privada "SEGURIDAD EXPRESS LTDA." por no cumplir con los requisitos exigidos en el Decreto 2810 del 16 de noviembre de 1984".

Consta también en el expediente un informe del Jefe del Estado Mayor de la Cuarta Brigada, coronel Edgar Gutiérrez Cortés, según el cual:

> "Se estableció que el representante legal de Seguridad NUTIBARA LTDA, señor GUILLERMO LEON MUÑOZ ARISTIZABAL, para el momento en que se le canceló la licencia de funcionamiento en 1987, por prestar servicios de seguridad a personas vinculadas al narcotráfico, es hoy representante legal de la Empresa de Seguridad EXPRESS LTDA, la

cual es la razón social que adoptó la Compañía de Seguridad Nutibara, Empresa esta que hoy continúa prestando servicios de escoltas a personas vinculadas al narcotráfico". (fl. 165).

En el mismo folio del informe que en lo pertinente se transcribe, consta que en los allanamientos practicados por la Cuarta Brigada desde el 22 de marzo de 1988, fueron encontrados comprobantes de contabilidad, en los que se registra el pago de dinero por servicio de vigilancia prestado por varias compañías, entre ellas EXPRESS SEGURIDAD LTDA., "a JUAN PABLO ESCOBAR HENAO, hijo del narcotraficante PABLO ESCOBAR GAVIRIA y a VICTORIA EUGENIA HENAO DE ESCOBAR, esposa del citado narcotraficante". (Todas las mayúsculas son del informe).

Los documentos fueron todos producidos por personas y organismos de el propio Ministerio de Defensa antes de la expedición de la Resolución número 2674 de 1988. Dentro de la discrecionalidad que le es potestativa al Mindefensa, se ve claramente que, en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 4o. del Decreto 334/88 que le sirve de pauta para estos efectos, bien podía, en cualquier tiempo, habiendo tenido conocimiento del incumplimiento de los requisitos que deben mantener las empresas de vigilancia, revocar su licencia.

En el memorial en el que se hace el sustentamiento de la apelación, el libelista apunta toda la carga de su argumentación a rebatir el informe de 15 de mayo de 1988, firmado por el Coronel Jefe del Estado Mayor de la Cuarta Brigada y a cotejarlo con el informe del 23 de junio de 1988, firmado por el Capitán Jefe de la Sección Control Comercio de Armas BR-4, previo a la Resolución que confirmó la que había dispuesto la revocación de la licencia.

Los puntos esenciales objetados por el recurrente, se resumen así:

En cuanto al hallazgo de los comprobantes por servicios de vigilancia a varias personas vinculadas al narcotráfico, "no se precisa de qué época son los recibos encontrados, cuál o cuáles de las empresas recibieron los diferentes pagos.. "(...). "Todo esto adquiere máxima importancia frente al informe de junio 23 de 1988 donde se devirtuó este punto, aclarando que los mencionados recibos están es a nombre de SEGURIDAD NUTIBARA y no de SEGURIDAD EXPRESS LTDA.".

"En segundo lugar el hecho de que el señor MUÑOZ ARISTIZABAL fuera representante legal de SEGURIDAD NUTIBARA en su última etapa de existencia jurídica y comercial y que luego lo fuera de SEGURIDAD EXPRESS no autoriza, concluir que se trata de la misma empresa y que solamente existió un cambio de razón social, como tan alegre, infundada y

precipitadamente se dice en el informe. Como se aceptó en la demanda y se acepta ahora, se trata de empresas distintas con dueños que son diferentes y que, de manera alguna se trata de una misma organización".

Sobre la motivación dada en la primera de las resoluciones acusadas en cuanto a la no contribución a la seguridad pública por parte de la empresa demandante, sostiene el recurrente: "Si la no contribución a la seguridad pública está cimentada en el informe del 5 de mayo de 1988 es claro que tal causal no está demostrada en este proceso, a pesar , de la obligación que tenía el Ministerio de Defensa de probarla fehacientemente con documentos y elementos de juicio suficientemente demostrativos", y entra seguidamente a hacer la apología del informe del 23 de junio suscrito por el capitán Elías Mahecha "el cual se distingue por su amplitud en el apoyo documental".

Pues bien. A este respecto ha de decir la Sala, en primer lugar, que en realidad no se concibe cómo dos informes, salidos de la misma institución, el segundo al mes siguiente del primero, tenga aparentemente tan pocos lugares de coincidencia, más aún tratándose de una institución disciplinada y destinada, en sus objetivos, por su propia misión y por el ámbito geográfico de su desempeño profesional al mantenimiento del orden social. Aún así, como se verá seguidamente, el informe del capitán es suficiente fundamento para la segunda resolución como el informe del coronel lo había sido para la primera. Y se concluirá por lo tanto, que ni la una ni la otra transgreden las tres firmas cuya violación, alegada por la actora, se está examinando.

En relación con los comprobantes por servicios de vigilancia a varias personas vinculadas con el narcotráfico, debe decirse que sí se precisa en el informe del 5 de mayo la época de los mismos y, las empresas que recibieron los pagos. En las varias copias de los documento constantes en el expediente (fls. 165 y 172), se dice que ello ocurrió en los allanamientos practicados por la Cuarta Brigada desde el 22 de marzo de 1988 y cita tres empresas, entre ellas la demandante. El informe del 23 de junio no desvirtúa tal hecho; simplemente relaciona unos comprobantes de contabilidad según los cuales, Pablo Emilio Escobar pagó dineros a la Compañía Nutibara Ltda. en 1986, así también se comprueba el pago de la vigilancia prestada a la esposa y al hijo del señor Escobar Gaviria y se asegura que en su declaración de renta, la de Escobar Gaviria, "consta que Seguridad Nutibara recibió 617.799 pesos por concepto de vigilancia".

En cuanto a que SEGURIDAD NUTIBARA y SEGURIDAD EXPRESS sean una misma empresa, "como tan alegre, infundada y precipitadamente se dice en el informe", según reza la refutación del recurrente al manifestar enfáticamente que se trata de empresas distintas, con dueños

diferentes, es el informe del 23 de junio, merecedor de todo crédito, según el actor, el que asimila una empresa a la otra cuando lo afirma y ratifica por las siguientes expresiones:

> "La Compañía de Seguridad Express Ltda., tuvo su origen en la Compañía de Seguridad "NUTIBARA" LTDA..." (folio 89).
>
> "Pero la Compañía Express (Que antes se llamaba (Nutibara)..." (*Ibídem*).
>
> "... Solicitó autorización al Comando de la Cuarta Brigada para que la Compañía Nutibara le traspasara las armas que tenía a la Express" (*Ibídem*).
>
> "Según Acta No. 447, registrada a folio 128 del 03 de septiembre de 1987, le fue entregado a la Compañía Express el material de armamento de la Compañía Nutibara...". (folio 90 *ibídem*).

Existe una afirmación, aún de mayor relevancia, que pudo haber pesado en la valoración hecha por el Ministerio de Defensa para confirmar la decisión que se demanda, esto es, que la empresa, "que antes se llamaba Nutibara", tuvo como propietario anterior al señor Pablo Emilio Escobar Gaviria. Así lo dice el informe del Capitán Elías Mahecha:

> "El señor GUILLERMO MUÑOZ, al parecer es persona honesta y trabajadora, sin embargo el hecho de que la Compañía Nutibara haya sido de propiedad de Pablo Escobar, le ha traído consecuencias negativas, dado que no estaba claro que la transacción había sido real (no como testaferro del señor Escobar Gaviria).

Es de advertir que en este informe es reiterativa la manifestación de que el señor Guillermo Muñoz no hizo las veces de testaferro del señor Escobar Gaviria, explicación no pedida pues en ninguna parte, del expediente aparece que se haya insinuado tal perspectiva.

Es así como, por lo que se ha visto, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo al prescribir que la decisión discrecional "debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa", no ha sido violado dadas las circunstancias de estricta interpretación del acto demandado a las necesidades del momento que hicieron necesaria la expedición del Decreto 334 de 1988 "por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público" y, a *fortiori*, tampoco son violados los artículos 2o. y 4o. de dicho decreto, si no por el contrario aplicados y obedecidos, según era el deber de las autoridades que lo expidieron.

No coincide esta Sala con la consideración hecha en el epílogo de la motivación hecha por el *a-quo* en su sentencia cuando afirma, refiriéndose a los dos informes que precedieron a cada una de las resoluciones acusadas, que "Al fin y al cabo eran dos informes con conclusiones totalmente diversas y era a la Administración a quien le correspondía dar su valoración a cada uno de ellos y si finalmente otorgó mayor valor al primero a tal punto que los posteriores no le ameritaron la credibilidad necesaria para desvirtuarlo, no puede predicarse que por tal hecho se hubiera probado en la expedición de los actos acusados desviación de poder,...".

Para la Sala, como ampliamente se explicó, ambos informes contienen suficiente justificación de las dos resoluciones; llegando hasta el punto de que el segundo, eventualmente favorable al peticionario, hubiera impedido la revocatoria de la medida tomada en la resolución inicial, así hubiese estado en el ánimo de la autoridad el hacerlo.

Así pues, la Resolución 5683 del 31 de agosto de 1988 que confirmó la cancelación de la licencia de funcionamiento que había sido decidida en la Resolución 2674 del 20 de mayo del mismo año, tiene pleno asidero legal , más aún si fue motivada por el informe presentado por el Capitán que ejercía la Jefatura de la Sección de Control de Comercio de Armas de la Cuarta Brigada, trabajo que, no obstante el cuestionamiento que se ha hecho en cuanto a las notorias contradicciones, no deja de aportar valiosas informaciones, dignas del mayor crédito.

Las anteriores reflexiones, conducen a la conclusión de que la presunción de legalidad de los actos demandados no ha sido desvirtuada y que, por consiguiente, será mantenida la decisión tomada en la primera instancia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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 catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* (ausente), *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESUPUESTO MUNICIPAL - Variación Porcentual

El artículo 305 del C.R.M. debe interpretarse en su contexto en el sentido de que para determinar la variación porcentual de que trata la norma, deben tomarse períodos anuales, habida consideración de que el porcentaje afecta un "presupuesto anual", cuyo valor debe reajustarse "anual y acumulativamente".

CONTRALORIA MUNICIPAL / CREACION / PRINCIPIO MUNICIPAL / CESION DEL IVA - Naturaleza / INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

Si bien, a la cesión del impuesto a las ventas se le da la naturaleza de ingreso corriente municipal, ello se hace con un fin específico y concreto cual es el de determinar el 5% previsto en el artículo 1o. de la Ley 61 de 1936, con destino al Fondo de Vivienda de Interés Social de que habla el Estatuto mencionado. En consecuencia, únicamente para tales efectos debe entenderse aplicable la norma y no para los fines de crear las Contralorías Municipales, materia ésta diferente regida por el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, también diferente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D,C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2503. AUTORIDADES MUNICIPALES Actor: DANIEL GARCIA MARTINEZ.

SECCION PRIMERA

Interpuesto por el apoderado de la parte demandada, llega a esta Corporación el recurso de apelación contra la sentencia de 23 de marzo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad del Acuerdo No. 034 de 27 de mayo de 1991, expedido por el Concejo Municipal de Salamina (Caldas).

ANTECEDENTES:

En su propio nombre, y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el abogado Daniel García Martínez demandó ante el Tribunal Administrativo de Caldas la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 034 de mayo 27 de 1991, por medio del cual se crea la Contraloría Municipal de Salamina (Caldas).

El actor expone en su libelo inicial los hechos que le dan fundamento a su acción; estima como violados los artículos 95 y 305 del Código de Régimen Municipal y explica el concepto de esa violación, argumentando en síntesis que el Concejo Municipal de Salamina no puede crear la Contraloría pues su presupuesto no satisface el requisito de la cuantía mínima señalado en el Decreto Ley 1333 de 1986, si se tiene en cuenta, que descontando los recursos de crédito y las transferencias, solo alcanza la suma de $126.816.864, según la certificación expedida por la Contraloría Departamental, mientras que aplicando la variación porcentual del índice total de precios al consumidor para el período 31 de diciembre de 1986 al 31 de diciembre de 1990 (165.28%), a la cifra de $50.000.000.oo, se necesita un presupuesto de $132.640.000.oo para crear la entidad de control fiscal.

RAZONES DE LA DEFENSA.

Dice en primer término el apoderado del Municipio de Salamina que la demanda no cumple los requisitos establecidos en el artículo 137 del C.C.A., por cuanto no señala la parte demandada ni su representante.

Expresa fuego que para determinar el monto del presupuesto deben tenerse en cuenta los recursos provenientes del IVA, pues a partir de la vigencia del artículo 21 de la Ley 3a. del 15 de enero de 1993, tales recursos dejaron de ser una transferencia, para convertirse en ingresos corrientes del Municipio para todos los efectos legales.

Finalmente se pregunta el apoderado de la parte demandada si la variación porcentual no debe comprender también el año de 1991 o al menos hasta el mes de mayo, habida consideración de que el acto que se acusa fue expedido el 27 de mayo de 1991.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

El Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas en sentencia de 23 de marzo de 1993, accede a las súplicas de la demanda, decretando la nulidad del Acuerdo No. 034 de mayo 27 de 1991. Previamente declaró infundada la excepción de Inepta Demanda por omisión en el señalamiento de la parte demandada y su representante, considerando que esta omisión fue corregida por el juez conductor del proceso en la notificación sobre la admisión y la consiguiente entrega de las copias del *libelo*, y que debe entenderse como demandado el Municipio de Salamina, el que a su vez ha intervenido en el proceso ejerciendo todas las facultades que le corresponden como parte demandada.

A continuación el *a-quo* afirma que la Ley 3a. de 1991 no tiene ninguna aplicabilidad dentro de la situación jurídica que se debate, debido a que la creación de Controlarías Municipales está regida por el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986.

El Tribunal termina su argumentación advirtiendo que el Municipio de Salamina no reúne el requisito que sobre presupuesto exige el artículo en mención, debido a que el correspondiente a dicho Municipio para la vigencia fiscal de 1991, según el Acuerdo No. 007 de noviembre 28 de 1990, asciende a la suma de $126.816.000.oo y la suma base para la creación de las Contralorías dentro del período fiscal señalado es de $132.640.000.oo.

LA APELACION.

La sentencia fue recurrida por el apoderado del Municipio de Salamina, Caldas, quien manifiesta que los argumentos expuestos al proponer la ineptitud sustantiva de la demanda, no fueron desvirtuados por el Tribunal en la sentencia recurrida, razón por la cual se remite a los razonamientos aducidos en el escrito de impugnación y en el alegato de conclusión.

En segundo lugar, afirma que el Tribunal no desvirtuó los argumentos aducidos en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, al sostenerse que el artículo 21, literal a) de la Ley 3a. de 1991 consagra que la cesión del IVA se entenderá como ingreso corriente del Municipio, por lo que, teniendo en cuenta este ingreso, el Concejo de Salamina, presupuestalmente hablando, sí podía crear la Contraloría Municipal.

Finalmente expresa que en el escrito de impugnación expuso un tercer argumento para oponerse a las pretensiones de la demanda, argumento que se refiere a la falta de prueba del índice total de precios al consumidor en los cinco

primeros meses de 1991, para poder deducir de allí si la entidad edilicia le dió cumplimiento o no al artículo 305 del Código de Régimen Municipal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En relación con la excepción propuesta a las procedentes observaciones del Tribunal, la Sala agrega, que si en la demanda no se indica expresamente el nombre de la parte demandada, ni el de su representante, debe entenderse que la parte demandada es el Municipio de Salamina, representado por su Alcalde, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 149 del C.C.A. y 3o. de la Ley 28 de 1974. La apreciación anterior encuentra respaldo en el derecho que tiene todo ciudadano para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Nacional y de la Ley (art. 40-6 C.N.) y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales (art. 228 C.N.).

Entrando al fondo del problema debe anotar la Sala que el punto crucial de la controversia radica en dilucidar si para calcular el monto del presupuesto requerido por el articulo 305 del Decreto 1333 de 1986 para crear la Contraloría Municipal debe incluirse o no la cesión del IVA.

Las disposición precitada dispone la no inclusión de tales partidas al preceptuar que podrán crear y organizar Contralorías "Los Consejos de los Municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos ($50.000.000), sin incluir el valor de los recursos del crédito, ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento...".

Sin embargo, la parte demandada apoyada en el artículo 21 literal a) de la Ley 3a. de 1991 considera que a partir de la vigencia de esta norma los recursos del IVA, ya no son transferencias sino ingresos corrientes del Municipio por lo que entonces no deben descontarse al calcular el monto del presupuesto requerido para la creación del ente fiscal municipal .

La Sala se aparta del criterio de la demandada por las siguientes consideraciones:

Por la Ley 3a. de 1991 "se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social , se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial ICT, y se dictan otras disposiciones".

La precitada ley en su artículo 17, autoriza entre otras entidades, a los municipios para crear un fondo municipal de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana para la administración de las apropiaciones previstas en la ley

61 de 1936 y demás disposiciones concordantes, y de los bienes y recursos de que trata el artículo 21 de la misma ley.

A su turno el artículo 21 literal a) de la Ley 3a. de 1991, preceptúa:

"El patrimonio y los recursos de los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana estarán constituidos por:

"a. Al menos el 5% de los ingresos corrientes municipales, previsto en el artículo 1o. de la ley 61 de 1936. La cesión del IVA se entenderá como ingreso corriente municipal".

Del texto y del espíritu de la disposición pre-transcrita se infiere que si bien, a la cesión del impuesto a las ventas se le da la naturaleza de ingreso corriente municipal, ello se hace con un fin específico y concreto cual es el de determinar el 5% previsto en el artículo 1o. de la Ley 61 de 1936, con destino al Fondo de Vivienda de Interés Social de que habla el Estatuto mencionado. En consecuencia, únicamente para tales efectos debe entenderse aplicable la norma y no para los fines de crear las Contralorías Municipales, materia ésta diferente regida por el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, también diferente.

Una interpretación diferente, no se hallaría conforme con lo dispuesto en los artículos 250 y 251 del Decreto 1333 de 1986 según los cuales los ingresos provenientes del impuesto a las ventas deben destinarse a gastos de inversión con fines determinados específicamente.

Si la intención del legislador de 1991 hubiera sido la de derogar o modificar el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, así lo hubiera dispuesto, como sí lo dispuso en relación con el artículo 1o. de la Ley 130 de 1985 y el inciso 4o. del artículo 44 de la Ley 9a. de 1989 (art. 44 Ley 3a. de 1991).

Aduce también la parte demandada que el certificado expedido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, sobre la variación porcentual del índice total de precios al consumidor, a nivel nacional, debió extenderse al menos hasta el mes de mayo de 1991, dado que el 27 de ese mes se expidió el Acuerdo por el cual se creó la Contraloría de Salamina, y no concretarse solamente al período 31.12.86 a 31.12.90.

Ante la falta de precisión en la materia por parte del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, debe tenerse en cuenta que para los efectos porcentuales debe partirse desde el mes de enero de 1986, cuando empezó a regir la Ley 11 de 1986 que consagró en su artículo 50 la norma referente a la creación de las Contralorías Municipales, repetida luego en el artículo 305 del Decreto 1333 de

1986. Y, dicho período, en el caso concreto debe extenderse hasta diciembre de 1990, pues es el año correspondiente al Acuerdo mediante el cual se expidió el Presupuesto que se tuvo en cuenta para la creación de la Contraloría de Salamina.

El multicitado artículo 305 debe interpretarse en su contexto en el sentido de que para determinar la variación porcentual de que trata la norma, deben tomarse períodos anuales, habida consideración de que el porcentaje afecta un "presupuesto anual", cuyo valor debe reajustarse "anual y acumulativamente".

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

*Miguel González Rodríguez,*Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* (ausente), *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SENTENCIA - Aclaración

El articulo 309 del C.de P.C.,consagra la aclaración de las sentencias para "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda". En el presente caso, no puede presentarse ese verdadero motivo de duda si, como ya se explico, se lee todo el parágrafo donde está contenido el aparte citado por el peticionario, sin ser desmembrado del texto.

INTERVENCION DE TERCEROS / COADYUVANCIA / INTERVENCION ADHESIVA / ACCION DE NULIDAD

La jurisprudencia ha definido la coadyuvancia en el juicio como una intervención adhesiva para ayudar a una de las partes. En el contencioso de anulación, por tratarse de una acción de interés publico, esa intervención si bien no tiene el carácter de accesoria no le permite al coadyuvante formular pretensiones distintas a las planteadas en la demanda inicial.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Objeto / DEROGACION DEL ACTO - Pronunciamiento

La solicitud del memorialista de un pronunciamiento explícito sobre si el Decreto 1105 fue no derogado por el Decreto 1909 de 1992, es manifiestamente improcedente ya que, no está solicitado en la demanda, no es susceptible de pronunciamiento por parte de esta jurisdicción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2192. Decretos del Gobierno. Actor: JESUS VALLEJO MEJIA.

El ciudadano Jimy Jeffrei Forero Paez , en memorial de 7 de octubre del presente año, manifiesta:

> "... en mi condición de COADYUVANTE en el negocio de la referencia, de manera atenta y comedida solicito a esa Alta Corporación ACLARACION de su providencia de fecha 24 de septiembre de 1993, puesto que en la parte final de la misma, folio 245, parece entenderse que el decreto acusado se encuentra derogado cuando dice: . . ."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...".
>
> "En consecuencia, ruego a los Honorables Magistrados, que se pronuncien explícitamente sobre si el mencionado decreto 1105 de 1992 fue o no derogado por el Decreto 1909 de 1992".

LA SALA CONSIDERA

1. Para la Sala no existe dubitación alguna en que lo que ha expresado en su fallo es suficientemente claro sí se toma el contexto de todo el penúltimo párrafo de las consideraciones. Se dice a que no se atenderá la petición del coadyuvante de "abstenerse de hacer un pronunciamiento de fondo sobre la nulidad del Decreto 1105 de 1992, por haber sido derogado". La afirmación de que el decreto en mención ha sido derogado la hace el mismo coadyuvante, y consecuente con esa afirmación, sin aceptarla ni negarla, se dice en la providencia, como reiterativamente se hace en estos casos, que "en seguimiento de 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". Se entiende que este razonamiento se hace, teniendo como antecedente lo afirmado por el libelista sin que ello constituya una definición de la sentencia sobre derogatoria de acto. Se está haciendo referencia, como es obvio, a las eventuales consecuencias y a los efectos del acto mientras éste tenga o haya tenido vida jurídica.

Por otra parte, la norma invocada por el memorialista como fundamento de su petición, el artículo 309 del C. de P. C., consagra la aclaración de las sentencias para "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda". En el presente caso, no puede presentarse ese verdadero motivo de

duda si, como ya se explicó, se lee todo el párrafo donde está contenido el aparte citado por el peticionario, sin ser desmembrado del texto. Esto, en primer lugar.

En segundo lugar, dice la norma invocada que tales conceptos o frases deben estar contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella.

En este caso no se da ni lo uno ni lo otro. En la parte resolutiva no se hace ninguna manifestación al respecto. Y no se ve cómo pueda haber influido sobre la misma cuando, precisamente, se hizo abstracción de la hipotética derogación del acto demandado para pronunciar un fallo de fondo. Por lo demás, en la parquedad de su escrito, no da el peticionario la más mínima explicación al respecto.

En consecuencia, no es procedente la aclaración pedida.

2. Solicita el memorialista que se haga un pronunciamiento explícito "sobre si el mencionado decreto 1105 de 1992 fue o no derogado por el Decreto 1909 de 1992".

A ese respecto se considera:

En el *libelo* de demanda, folio 2 del expediente, el *petitum* se concreta así:

"II. **Lo que se demanda**

Petición Principal.

"Solicito que se declare la nulidad del Decreto 1105 de 1992, en su integridad.

Petición Subsidiaria.

"En subsidio, solicito que se declare la nulidad de los artículos 3-, 4-, 5-, 6-, 7-, y 8- del Decreto 1105 de 1992".

De lo transcrito se deduce que en la demanda no se hace petición alguna de declaraciones o pronunciamientos sobre la derogatoria del decreto demandado.

Desde antaño, la jurisprudencia ha definido la coadyuvancia en el juicio

como una intervención adhesiva para ayudar a una de las partes. En el contencioso de anulación, por tratarse de una acción de interés público, esa intervención si bien no tiene el carácter de accesoria, no le permite al coadyuvante formular pretensiones distintas a las planteadas en la demanda inicial. El tratadista Carlos Betancur Jaramillo así lo expresa: " ... dada la índole del contencioso de nulidad y el hecho de que la demanda sea la única pieza del proceso que concreta su objeto, el coadyuvante está limitado a defender o atacar el *petitum* allí formulado, sin poder involucrar otra peticiones diferentes a las que conforman la *litis*". (Derecho Procesal Administrativo, p. 353).

Insistente ha sido esta Corporación en la congruencia que se debe guardar entre el fallo y las pretensiones de la demanda. Así, en sentencias del 19 de diciembre de 1984 (Sección Segunda, ponencia del Dr. Joaquín Vanin Tello) y de 10 de abril de 1986 (Secc. Tercera, ponencia del Dr. Julio César Uribe Acosta), se dijo, respectivamente:

> "El fallador no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le han sido propuestos oportunamente por las partes y que tampoco puede dejar sin pronunciamiento puntos que hayan sido sometidos a su decisión.(...). O sea que si el petitum de la demanda señala el campo en que puede o debe moverse el juez, resulta evidente que si éste falla por fuera de lo pedido o condena a más de lo suplicado, o deja sin resolución peticiones que le fueron hechas oportuna y legalmente, entonces comete un claro yerro "Inprocedendo" y quebrante de manera ostensible el principio de la congruencia de las sentencias, conforme al cual, como ya se dijo, el fallo debe ser una respuesta adecuada a cada una de las pretensiones del actor.
>
> "La congruencia de la sentencia se aprecia cuando existe coincidencia absoluta entre ésta y la suplica de la demanda (art. 305 C.P.C.). "La sentencia no puede ir más allá ni fuera de las peticiones de la demanda, pues se incurriría, en su orden, en decisión ultrapetita o extrapetita, y debe configurarse sobre los hechos fundamentales de la misma, sin perjuicio de su reforma, si la hubiere" (Morales M., Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, novena edición, Editorial A.B.C., Bogotá, 1985, pág. 480)".

Corolario de lo dicho y transcrito es, que la solicitud del memorialista de un pronunciamiento explícito sobre si el Decreto 1105 fue o no derogado por el Decreto 1909 de 1992, es manífiestamente improcedente ya que, además de que no está solicitado en la demanda, no es susceptible de pronunciamiento por parte de esta jurisdicción.

Por los motivos expuestos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

DENEGAR la solicitud contenida en el memorial del 7 de octubre de 1993 sobre aclaración de la sentencia pronunciada por esta Sala en el proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera la jurisprudencia contenida en las sentencias de 19 de diciembre de 1984, Ponente: Dr. JOAQUIN VANIN TELLO, de la Sección Segunda y la sentencia de 10 de abril de 1986, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA de la Sección Tercera.

ACUERDO DISTRITAL / PROYECTO DE ACUERDO / INICIATIVA DEL ALCALDE / ALCALDE - Facultades.

No es iniciativa privativa del Alcalde, según el artículo 315 de la Carta, en concordancia con el artículo 313 de la misma, la de presentar proyectos de Acuerdo en orden a establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos, sobretasas, ordenar exenciones tributarias y establecer sistemas de retención y anticipos a que se refiere el artículo 12 ordinal 3o. Lo mismo acontece en lo relativo a determinar la estructura de la administración central. Igualmente, la facultad de fijar la cuantía hasta la cual se puedan celebrar contratos, directamente y prescindir de la formalidad del escrito, según la naturaleza del contrato y de la entidad contratante, y expedir las normas que autorice la ley para regular las relaciones del Distrito con sus servidores, especialmente las de carrera administrativa, no han sido atribuídas expresamente por la Constitución como iniciativa privativa del alcalde, y sí por el contrario del artículo 313 ordinales 3o. y 6o. se infiere que tales facultades las puede ejercer con los concejales. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 13 paragráfo 2o. del Decreto 1421 de 1993, en cuanto incluye los ordinales 3o., 14 y 21 del artículo 12 *ibídem,* y, la frase "autoricen enajenar su bienes y dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas", contenida en la parte final del citado párrafo y del art. 147 del Decreto 1421 de 1993, expedidos por el Gobierno Nacional.

EXP. -2651

PRESUPUESTO DISTRITAL / CELEBRACION DE CONTRATOS / ALCALDE - Facultades

Una cosa es que mediante Acuerdo se expida anualmente el presupuesto de rentas y gastos por parte del concejo y otra muy diferente es que la sola expedición de aquél lleve insita las autorizaciones para la celebración de contratos que se requieran para la ejecución del mismo. Si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, no habría consagrado en el artículo 313 ordinal 3o. la facultad de los Concejos de autorizar al Alcalde la celebración de contratos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2651. Acción: Nulidad. Actor: JOSE CIPRIANO LEON C.

El ciudadano JOSE CIPRIANO LEON C., obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C. C.A., demanda de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 8o., 13 párrafo segundo, 18 ordinales 5o. y 6o.,19 a 26,54 55, a 58,118,130,135,136,143 párrafo segundo 146, 147, 149, 150, 151, 154, 157, 161, 172, 176 y 177 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá".

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL:

En el mismo escrito de la demanda el actor solicita la suspensión provisional de las siguientes normas del Decreto 1421 de 1993, explicando así el alcance de la violación:

1. El artículo 8o. en la parte que enuncia que en materia administrativa las atribuciones del Concejo son de carácter normativo, viola el artículo 312 de la Constitución Nacional ya que ésta norma dice expresamente que el Concejo es una corporación administrativa elegida popularmente, y no lo limita a la materia administrativa,de solo normatividad.

Además, se vulnera el artículo 3o. *ibídem* porque se desconoce la representatividad de los elegidos por el pueblo y la soberanía popular de donde emana el poder público.

2. El artículo 13 en su segundo párrafo dice que sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde los Acuerdos a que se refieren los ordinales 2,3,4,5,8,9,14 y 21 del artículo 12.

a) El ordinal 2o. del artículo 12 se refiere al Plan General de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas.

Resulta violado el artículo 313 ordinal 2o. de la Constitución por cuanto esta norma dice que corresponde al Concejo "Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas", y no dice que deba ser de iniciativa del Alcalde. Y dentro de las atribuciones del Alcalde que consagra el artículo 315 *ibídem* está la de presentar oportunamente al Concejo proyectos de Acuerdo sobre esta materia, pero es muy diferente que el Alcalde tenga esta facultad a tener la iniciativa, y que el Concejo no pueda diseñar su propio Plan de Desarrollo esperando que el Alcalde lo presente oportunamente.

b) El ordinal 3o. del artículo 12 a que se refiere el artículo 13 acusado regula la facultad de establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos, sobretasas, ordenar exenciones tributarias y establecer sistemas de retención y anticipos.

El ordinal 4o. del artículo 313 de la Constitución Nacional le dá esta facultad al Concejo sin que diga expresamente que es a iniciativa del Alcalde. Por ello resulta violada esta disposición.

c) El ordinal 4o. del artículo 12 señala como atribución del Concejo la de dictar normas orgánicas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

El contenido de los artículos 346, 348, 353 y 286 de la Constitución Política en nada cambian la competencia que tiene el Concejo de Bogotá para dictar el presupuesto.

Del artículo 348 se infiere que primero está el Congreso y luego el Gobierno. En nuestro caso, primero está el Concejo y después el Alcalde en los proyectos sobre presupuesto.

d) El ordinal 8o. del artículo 12 señala como función del Concejo: "Determinar la estructura general de la administración central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos".

El artículo 13 acusado cuando determina que el numeral 8o. del artículo 12 en mención deba ser iniciativa del Alcalde para dictar o reformar exclusivamente lo referente a dicho numeral, vulnera el artículo 313 ordinal 6o. de la Constitución.

e): El ordinal 14 del artículo 12 consagra como función del Concejo la de fijar la cuantía hasta la cual se puedan celebrar contratos directamente y prescindir de la formalidad del escrito, según la naturaleza del contrato y de la entidad contratante".

Respecto del proyecto de Acuerdo que regula esta materia el párrafo 2o. del artículo 13 del Decreto acusado prevé la iniciativa del Alcalde, lo cual viola el artículo 313 ordinal 3o. de la Constitución que indica como función del Concejo la de "Autorizar al alcalde para celebrar contratos ..." pues ello significa que la Constitución no ha dicho que tal facultad sea iniciativa del Alcalde.

f): El ordinal 16 del artículo 12 faculta al Concejo Distrital para dividir el territorio del distrito en localidades, asignarles competencias y asegurar su funcionamiento y recursos.

El artículo 13 enjuiciado al darle iniciativa al Alcalde para la facultad anterior, viola el artículo 313 ordinal 6o. de la Constitución porque quien tiene la competencia exclusiva es el Concejo.

g) El ordinal 17 del artículo 12 regula la facultad del Concejo para autorizar el cupo de endeudamiento del Distrito y de sus entidades descentralizadas. Al darle el artículo 13 la iniciativa al Alcalde para que ejerza tal función, viola el ordinal 5o. el artículo 313 de la Constitución, pues tal facultad es del Concejo.

h) El ordinal 21 del artículo 12 se refiere a los Acuerdos sobre la expedición de normas que autorice la ley para regular las relaciones del Distrito y sus servidores, especialmente las de carrera administrativa, lo cual coincide con el ordinal 6o. del artículo 313 de la Constitución Política, norma ésta que resulta violada al igual que el artículo 125 *ibídem* y 2o. de la Ley 27 de 1.992 que reconoce la vigencia del Acuerdo No.12 de 1.987 expedido por el Concejo, cuando el párrafo segundo del artículo 13 del Decreto acusado somete tal materia a la iniciativa del Alcalde.

SECCION PRIMERA

i) La parte final del artículo 13 que consagra que sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde los Acuerdos que decreten inversiones, ordenen servicios a cargo del Distrito, autoricen enajenar sus bienes o dispongan exenciones tributarios o cedan sus rentas, viola el ordinal 2o. del artículo 313 de la Constitución Nacional, porque las inversiones únicamente están concentradas en los Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas cuya expedición es competencia del Concejo; quebranta el ordinal 7o. *ibidem* por cuanto los usos del suelo y enajenación de inmuebles son materia de reglamentación por parte del Concejo; e infringe el ordinal 4o. *ibídem* porque el que tiene la facultad de votar, de conformidad con la Constitución y la Ley, los tributos y gastos locales es el Concejo.

3. El artículo 18 en sus ordinales 5o. y 6o. al consagrar como prohibición al Concejo y miembros de la Corporación de tomar parte en la tramitación o decisión de asuntos que no deba resolver el Concejo mismo y elegir representantes, voceros o delegados suyos o de sus comisiones, en juntas, consejos o comités que deban tramitar o decidir asuntos de carácter general o individual que corresponda definir a las entidades o autoridades distritales, viola el artículo 3o. de la Constitución Nacional, ya que los representantes que elige el pueblo son una forma de representación ante las entidades y más cuando se trata de servicios públicos domiciliarios.

Se vulnera el artículo 293 *ibídem* por cuanto las prohibiciones consagradas no están incluídas dentro de las facultades que la Constitución,le dió a la Ley Especial.

El ordinal 6o. impide la acción administrativa del Concejo lo cual quebranta los artículos 3o., 312 y 313 ordinal 1o. de la Constitución Política.

4-. Los artículos 19 a 26 que regulan las actuaciones del Concejo son nulos, por cuanto, de una parte, el ordinal 24 del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993 le dió potestad al Concejo para darse su propio reglamento, y es absurdo que en las normas acusadas .se definan órdenes y reglas para desempeñar las funciones propias de los Concejales. De otra parte, la misma Ley en artículo posterior (176 del Decreto 1421 de 1993) le ha dado la facultad al Concejo de reglamentarse, es decir, de expedir sus propias reglas de juego en conjunto.

Según el artículo 10 ordinal 2o. del C.C., cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en el mismo código, se preferirá a la disposición consignada en el artículo posterior.

Se viola el artículo 292 de la Constitución sobre criterios de elección popular que deben tener en cuenta los ciudadanos, a excepción del criterio que defina el período de sesiones que sí está permitido a la Ley fijarlo.

5-. El artículo 54, al, determinar la estructura administrativa del Distrito Capital, viola el ordinal 6o. del artículo 313, pues corresponde al Concejo tal facultad. La Ley especial no puede estar por encima de la Constitución y quien determina la estructura del Municipio según ésta es el Concejo.

6-. El artículo 55 enuncia que corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del Alcalde Mayor, crear, SUPRIMIR Y FUSIONAR, Secretarías y Departamentos Administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles funciones básicas, y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

Se viola el artículo 313 ordinal 6o. de la Constitución que se refiere a la iniciativa de CREAR establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

7-. El artículo 56 viola los ordinales 1o. a 6o. del artículo 313 de la Constitución, por cuanto a la Ley especial no se la dió la facultad de determinar la estructura de la administración distrital ni los funcionarios de sus dependencias, ni la composición de las Juntas Directivas de los servicios públicos domiciliarios que son parte de la estructura administrativa cuya determinación corresponde al Concejo.

En lo que atañe a que el Concejo no puede designar miembros a las Juntas Directivas, viola el artículo 3o. de la Constitución por limitar a los representantes de elección popular el ejercicio de la soberanía, ya que el artículo 292 ibidem solo limita a los Diputados, Concejales y familiares, pero nunca les prohíbe elegir sus voceros ante las Juntas Directivas, pues antes bien el Concejo como Corporación Administrativa debe tener sus representantes para ejercer su soberanía.

8-. El artículo 57 viola el artículo 53 de la Constitución en cuanto a la igualdad de oportunidades a los trabajadores con el derecho otorgado en la ley de participar en las Juntas.

9-. El artículo 58 viola los ordinales 5o. y 6o. del artículo 313 de la Carta por cuando la regulación que allí se hace corresponde al Concejo.

SECCION PRIMERA

10-. El artículo 118, que crea la Veeduría Distrital, viola el ordinal 6o. del artículo 313 por cuanto ello es competencia del Concejo para determinar la estructura de la administración y la Constitución no le dio esta facultad a la Ley porque estaba definida en aquélla.

11-. El artículo 130 enuncia el régimen disciplinario para los empleados públicos del Distrito y sus entidades descentralizadas. El ordinal 5o. prevé que las sanciones serán de aplicación inmediata y que los recursos se concederán en el efecto devolutivo. Esta disposición viola el artículo 29 de la Constitución sobre debido proceso en las actuaciones administrativas, pues según el artículo 322 de la Carta al Distrito Capital le son aplicables las normas vigentes para los municipios. La ley 27 de 1992 y en especial el Acuerdo 12 de 1987 señalan que habrá recursos de reposición y apelación y sus efectos serán suspensivos según el artículo 55 del Decreto 01 de 1984, y conforme al artículo 126 del Decreto 1421 de 1993, son aplicables las disposiciones de la Ley 27 de 1992.

12-. El artículo 135 crea el Consejo Distrital de Política Económica y Fiscal. Esta disposición viola el ordinal 6o. del artículo 313 de la Carta por cuanto a la Ley especial no se le ha dado facultad para crear dicho ente, por ser competencia del Concejo mediante Acuerdo.

13-. El artículo 136 al definir normas orgánicas del presupuesto y volverle a dar la iniciativa al Alcalde Mayor viola el ordinal 5o. del artículo 313 de la Constitución que le otorga esta facultad al Concejo.

14-. El artículo 143 segundo párrafo viola el ordinal 5o. del artículo 313 de la Constitución.

15-. El artículo 146 genera unas limitaciones al sistema de contratación para participar en procesos contractuales, lo cual vulnera los ordinales 1 y 3 del artículo 313 de la Constitución pues el Concejo de Bogotá es una Corporación Pública, según el artículo 291 *ibídem,* y administrativa conforme la define el artículo 312 de la misma Carta.

Es competencia del Concejo reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del municipio y por ello es necesario que el sistema de contratación deba reglamentarlo Concejo .

16-. El artículo 147 viola claramente el ordinal 3o. del artículo 313 de la Carta Política pues está omitiendo la autorización del Concejo el Alcalde para celebrar contratos.

17-. Los artículos 149 a 151 violan el ordinal 3o. del artículo 313 de la Constitución, ya que primero el Concejo debe autorizar al Alcalde y éste a su vez autorizar o delegar en sus funcionarios como autoridades distritales la celebración de contratos.

18-. El ordinal 6o. del artículo 154 viola el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, ley ésta que se aplica por mandato del artículo 40 *ibídem.*

19-. El artículo 157 en la parte que señala "...o fijar el monto de las sumas que se puedan distribuir a título de valorización y como recuperación de tales costos o parte de los mismos ... " viola el artículo 338 de la Constitución al ir más allá de lo que ordena esta norma sobre valorización, pues la fijación de tales montos se hace en forma subjetiva y sin definir el costo de las obras.

20-. El artículo 161 sobre Tesorería viola el ordinal 6o. del artículo 313 de la Constitución Política porque al Concejo de Bogotá le corresponde determinar la estructura de la administración y las funciones de sus dependencias, y a la ley especial no se lo ha dado esa facultad porque el artículo 322 *ibídem* dice que el régimen de Santa Fe de Bogotá como Distrito Capital es el que defina la Constitución.

21-. El artículo 176 al preverque el Gobierno Distrital definirá, por una sola vez, la competencia de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas y la forma de designación de aquellos miembros cuyos nombramientos no corresponden al Alcalde, así como que aquél adoptará la nomenclatura de los cargos de la veeeduría y su escala de remuneración, viola el ordinal 6o. del artículo 313 de la Constitución pues ello se competencia del Concejo.

Dicha norma al contemplar como función del Gobierno Distrital la de expedir las normas estrictamente necesarias para armonizar las disposiciones vigentes en el Distrito sobre carrera administrativa, régimen presupuestal y fiscal y trámite de los asuntos que en virtud del Decreto deban ser decididas por distintas autoridades, viola los ordinales 5o. y 6o. del artículo 313 de la Constitución, pues estas materias son del resorte del Concejo, además que el artículo 315 *ibídem* no le ha planteado ninguna función al Gobierno Distrital sino al Alcalde.

El párrafo segundo del numeral 2o. del artículo 176, cuando enuncia que los decretos que para cada año dicte el Gobierno Distrital serán presentados como proyectos de acuerdo, está invirtiendo la jerarquía, pues los actos del Concejo están por encima de los del Gobierno Distrital (artículos 313 y 322 de la Constitución).

22-. El artículo 177, que trata sobre la supresión de revisoras fiscales, viola los ordinales 1o. y 6o. del artículo 313 de la Constitución, por cuanto el único que puede suprimir las dependencias es el Concejo, porque es el único que tiene la facultad de determinar la estructura de la administración, además que dicha norma vulnera el artículo 25 *ibídem.*

II. **LA DECISION:**

Para resolver **SE CONSIDERA:**

1-. Respecto del cargo de violación que hace el actor al artículo 8o. del Decreto 1421 de 1993, en el aparte que señala que en materia administrativa las atribuciones del Concejo con de carácter normativo, la Sala no aprecia *prima facie* la ostensible infracción de los artículos 3o. y 312 de la Carta Política por cuanto dicha norma no le está quitando al Concejo su condición de corporación administrativa sino que por el contrario le está reconociendo tal condición, la cual se manifiesta a través de la expedición de normas que participan de la misma naturaleza del ente que las expide, esto es, de naturaleza o carácter administrativo.

2-. Prescribe el párrafo segundo del artículo 13 acusado:

> "Sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del alcalde los acuerdos a que se refieren los ordinales 2o., 3o., 4o., 5o. , 8o. , 9o. , 14, 16, 17 y 21 del artículo anterior. Igualmente, sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del alcalde los acuerdos que decreten inversiones, ordenen servicios a cargo del Distrito, autoricen enajenar sus bienes y dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas.
>
> El Concejo podrá introducir modificaciones a los proyectos presentados por el alcalde".

En relación con este cargo la Sala observa lo siguiente:

a): El artículo 315 de la Carta Política en su ordinal 5o. le asigna el Alcalde la función de "presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio".

La expresión "presentar" según el Diccionario de la Lengua Española, entre otras acepciones significa: "proponer", "introducir", "hacer manifestación de una cosa", "ofrecerse voluntariamente", etc.

"Iniciativa" es el derecho de hacer una propuesta, acción de adelantarse a los demás en hablar u obrar.

De lo anterior se infiere sin mayor esfuerzo que cuando la Carta Política le atribuye al Alcalde la función prevista en el ordinal 5o. del artículo 315 de presentar oportunamente al Concejo los proyectos de Acuerdo que allí se mencionan, le está dando la iniciativa a éste, sin perjuicio obviamente de que pueda tenerla en otras materias.

De tal suerte que en lo que respecta a la censura de que trata el literal a) frente al párrafo segundo del artículo 13 del Decreto 1421 de 1993 que involucro como iniciativa del Alcalde los proyectos de Acuerdo relativos al plan general de desarrollo económico y social y de obras públicas, que regula el ordinal 2o. del artículo 12 *ibídem*, no es procedente la medida precautelativa impetrada.

Igual consideración cabe predicar frente al cargo que aduce el actor en el literal c) al párrafo segundo del artículo 13, en lo que toca con el ordinal 4o. del artículo 12 atinente a la expedición de las normas orgánicas de presupuesto y al presupuesto anual de rentas y gastos y al cargo que hace al artículo 136 del citado Decreto 1421 de 1993.

b): Asiste razón al demandante en el cargo que formula en el literal b) en cuanto a que no es iniciativa privativa del Alcalde, según el artículo 315 de la Carta, en concordancia con el artículo 313 de la misma, la de presentar proyectos de Acuerdo en orden a establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos, sobretasas, ordenar exenciones tributarios y establecer sistemas de retención y anticipos a que se refiere el artículo 12 ordinal 3o. Por esta razón habrá lugar a acceder a decretar la suspensión provisional de los efectos del párrafo segundo del artículo 13 en cuanto incluyó el mencionado ordinal.

c): Igual predicamento cabe hacer frente al cargo que formula el actor en el literal d) respecto de los proyectos de Acuerdo relativos a determinar la estructura de la administración central. En consecuencia, procede la suspensión provisional de los efectos del referido párrafo segundo del artículo 13, en cuanto incluyó el ordinal 8o. del artículo 12.

d): En el mismo sentido procede la suspensión provisional de los efectos del aludido artículo 13 en cuanto incluye los ordinales 14 y 21 del artículo 12. En efecto, la facultad de fijar la cuantía hasta la cual se puedan celebrar contratos directamente y prescindir de la formalidad del escrito, según la naturaleza del contrato y de la entidad contratante, y expedir las normas que autorice la ley para regular las relaciones del Distrito con sus servidores, especialmente las de carrera administrativa, no han sido atribuídas expresamente por la Constitución

como iniciativa privativa del Alcalde, y sí por el contrario del artículo 313 ordinales 3o. y 6o. se infiere que tales facultades las puede ejercer con los concejales.

e): En lo que respecta a la violación que invoca el actor en los literales f), g) e i), cabe tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 322 de la Constitución las normas generales que establezca la ley "el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas".

El Decreto acusado fue expedido con fundamento en el artículo transitorio 41 que faculto al Gobierno Nacional por una sola vez para expedir las normas sobre régimen especial para el Distrito Capital, relativas a los artículos 322 a 324.

De lo anterior se infiere que el Decreto 1421 de 1993 bien podía regular este aspecto relativo a la división del territorio del Distrito en localidades, y como quiera que el proyecto de acuerdo sobre esta materia, por mandato constitucional debe ser iniciativa del Alcalde, no se presenta la violación que se aduce al artículo 13 párrafo segundo por incluír el ordinal 16 del artículo 12.

En lo concerniente al cargo de violación expresado en el literal g) habida cuenta que la. autorización del cupo de endeudamiento del Distrito y de sus entidades descentralizadas, es un asunto que está íntimamente relacionado con el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas, que como ya se dijo *ab initio*, es de iniciativa del Alcalde, se hace improcedente la suspensión provisional solicitada en este sentido.

Son valederas las consideraciones anteriores en lo que atañe al cargo contenido en el literal i) contra la parte final del párrafo segundo del artículo 13, que incluye como iniciativa privativa del Alcalde los proyectos de Acuerdo sobre inversiones y servicios a cargo del Distrito.

Pero en lo relativo a la enajenación de bienes,. exenciones tributarios o cesión de rentas, por ser materia cuya iniciativa no le ha sido atribuída expresamente al Alcalde en el artículo 315 de la Constitución, procede la suspensión provisional de dichas expresiones.

3-. Aduce el actor que el artículo 18 en sus ordinales 5o. y 6o. que consagran las prohibiciones al Concejo de tomar parte en la tramitación o decisión de asuntos que no deba resolver el Concejo mismo, prohibición que se extiende a los miembros de la corporación, y, elegir representantes, voceros o delegados

suyos o de sus comisiones en juntas que corresponda definir a las entidades y autoridades distritales, vulneran los artículos 3o., 293, 312 y 313 ordinal 1o. de la Constitución Política.

Al respecto advierte la Sala lo siguiente:

En primer término, de la simple confrontación de las normas acusadas con el artículo 3o., no surge la manifiesta infracción, ya que se requiere de un estudio de otras normas constitucionales, impropio de esta etapa inicial del proceso, dado que es menester dilucidar, entre otros aspectos, en qué términos la Carta Política establece el ejercicio de la soberanía, para determinar así mismo si las prohibiciones que consagran las normas *sub exámine* limitan o no tal ejercicio.

De otra parte, establecer que la violación de los artículos 293 y 312 de la Carta se produce por el hecho de consignar las normas acusadas las prohibiciones anteriores, implica la necesidad de definir si ellas comportan hechos o conductas constitutivas de inhabilidades o incompatibilidades de que trata aquel, aunado a un análisis comparativo de otras normas que regulan la materia, todo lo cual por conllevar un estudio profundo, no es viable efectuar en esta etapa del proceso sino en la correspondiente a la sentencia.

Por lo demás, y en lo que toca con la violación del artículo 313 ordinal 1o. de la Carta, tampoco advierte la Sala *prima facie* la ostensible transgresión que aduce el actor por parte del ordinal 6o. del. artículo 18, pues se hace necesario dilucidar hasta qué punto la reglamentación de funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos depende de la intervención de los representantes , voceros o delegados de los concejales en las comisiones, juntas o comités que decidan sobre asuntos que corresponda definir a entidades y autoridades distritales.

4-. Los artículos 19 a 26 del Decreto 1421 de 1993, regulan lo relativo a comisiones, sesiones, requisitos de los proyectos, número de debates, objeciones y sanción, objeciones por inconveniencia, objeciones jurídicas y otras disposiciones.

Frente a estas disposiciones el actor aduce concretamente la violación del artículo 292 de la Constitución Política.

Sobre el particular se observa que del contenido de las disposiciones acusadas no se infieren criterios de elección que deban tener en cuenta los ciudadanos, como tampoco el artículo 292 que se cita como infringido guarda

relación con el tema relacionado en aquéllas, lo cual releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

5-. En lo atinente al cargo de violación que se le endilga al artículo 54 que señala la estructura de la administración, para la Sala no se aprecia prima facie la ostensible violación del ordinal 6o. del artículo 313 de la Carta, dado que para el análisis de este cargo no es suficiente la simple confrontación de estas disposiciones sino que ha de hacerse un estudio comparativo de otras normas constitucionales, particularmente las consagradas en los artículos 322 a 324, a la luz del artículo transitorio 41, que permitan esclarecer, entre otros puntos, si dentro del régimen especial a que aluden estas últimas normas estaría implícita o no la determinación de la estructura administrativa del Distrito Capital, lo cual corresponde efectuar en la etapa de dictar sentencia.

Igual consideración cabe hacer frente a los cargos que endilga el actor a los artículos 56, 58, 114, 118, 135, 161, 176 y 177, que guardan relación con la estructura administrativa del Distrito Capital.

Cabe agregar frente al artículo 56 y en lo que concierne a la infracción que se le imputa de los artículos 3o. y 292 de la Carta por consagrar que el Concejo no puede designar Miembros ante las Juntas Directivas, que se impone para la Sala un análisis concienzudo que permita esclarecer qué implica el ejercicio de la soberanía, lo que conlleva no solo a verificar el contenido del artículo 3o. sino de otras normas constitucionales que lo desarrollan, y sí la prohibición que prevé el artículo 292 para los Diputados y Concejales y sus parientes de no formar parte en las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas, incluye o nó a las Juntas Directivas de los Servicios Públicos domiciliarios y lleva ínsita o no la elección de voceros, todo lo cual impide apreciar prima facie la ostensible violación aducida.

Agrega además la Sala en lo que toca con el inciso 2o. del numeral 2o. del artículo 176, que el prever esta norma que los Decretos que dicte el Gobierno Distrital serán presentados como proyectos de Acuerdo, no implica desconocer las facultades que al Concejo le asigna el artículo 313 de la Carta como tampoco conlleva a la infracción del artículo 322 *ibídem*, pues de la regulación que se hace en aquélla no se infiere la inversión de la jerarquía de las normas a que alude el actor.

6-. En lo que toca con el artículo 55, la Sala no advierte la manifiesta infracción invocada, ya que se hace necesario un estudio de fondo que conduzca a dilucidar si cuando el artículo 315 ordinal 4o. de la Constitución Política confiere al Alcalde la atribución de suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales de conformidad con los Acuerdos respectivos, está significando

que se trata de una autorización especial por parte del Concejo a aquél, o si la expresada función está supeditada o no al acto o actos que determinen la estructura de la administración distrital a que se refiere el artículo 313 ordinal 6o. *ibídem,* lo cual va más allá de la confrontación de normas que impone el artículo 152 del C.C.A.

7-. En lo tocante a la violación que se le imputa al artículo 57 cabe resaltar lo siguiente:

Prescribe la norma enjuiciada:

"Estatuto de los miembros de las juntas. Los miembros de las juntas directivas están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas nacionales.

Los empleados públicos que tienen derecho a designar delegados suyos en las juntas directivas, solo podrán hacerlo acreditando funcionarios del nivel directivo de la administración.

Los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas.

Los particulares solo podrán tener parte en una de ellas".

Según el actor la disposición transcrita viola el artículo 53 de la Carta en cuanto a igualdad de oportunidades a los trabajadores con el derecho otorgado en la ley de participar en las juntas directivas.

Como quiera que del artículo 53 de la Carta no se infiere que dentro de los principios mínimos fundamentales que el consagra se encuentre el derecho de participar en las juntas directivas, para la Sala no surge la manifiesta violación que en este sentido argumenta el actor y por ello no accederá a la medida precautelativa impetrada.

8-. Aduce el actor que al consagrar el artículo 130 ordinal 8o. dentro del régimen disciplinario para los empleados públicos del distrito y sus entidades descentralizadas que los recursos se concederán en el efecto devolutivo, viola el artículo 29 de la Carta pues en materia administrativa, conforme a la Ley 27 de 1992 y al Acuerdo 12 de 1987, los recursos se concederán en el efecto suspensivo, según el artículo 55 del C.C.A.

SECCION PRIMERA

Al respecto estima la Sala lo siguiente:

El artículo 322 de la Constitución Política prescribe que el régimen político, fiscal y administrativo de Santa Fe de Bogotá, D.C., será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

El artículo transitorio 41 de la Carta facultó al Gobierno Nacional, por una sola vez, para expedir las normas correspondientes sobre régimen especial para el Distrito Capital, a que se refieren los artículos 322 a 324 *ibídem.*

Lo anterior significa que el Decreto 1421 de 1993, expedido con fundamento en el artículo transitorio 41, tiene la misma fuerza o entidad normativa que la Ley de carácter especial a que alude el artículo 322 y por lo mismo bien podía disponer en materia de recursos el efecto devolutivo, modificando así la Ley 27 de 1992 y sin que ello implique violación del artículo 29 de la Carta.

Las consideraciones precedentes son valederas para el cargo que le formula el actor al artículo 154 ordinal 6o., de ser violatorio del artículo 33 de la Ley 14 de 1983.

9-. El artículo 143 del Decreto 1421 de 1993 dispone en su párrafo segundo:

> "Los presupuestos de las empresas industriales y comerciales serán aprobados por las respectivas juntas directivas y expedidos posteriormente por decreto del gobierno distrital, previo concepto favorable del Consejo de Política Económica y Fiscal del Distrito..."

Respecto de esta disposición el actor argumenta la violación del artículo 313 ordinal 5o. de la Constitución Política que autoriza al Concejo para dictar las normas orgánicas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

Sobre este particular estima la Sala que no es posible acceder al decreto de suspensión provisional solicitado, pues para advertir la ostensible infracción que aduce el actor no basta la sola comparación de las normas en supuesto conflicto, ya que para concluír que a los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Distrito se les aplica el mismo régimen que en esta materia se prevé para el Distrito y sus entidades descentralizadas se hace necesario esclarecer si en razón de no haberse expedido la Ley Orgánica del presupuesto a que alude el artículo 352 de la nueva Carta Política, tienen plena operancia o nó las normas de la Ley 38 de 1989 y qué incidencia tiene frente a estas el

hecho de que aquélla hubiera incluido dentro de las entidades públicas que conforman la Rama Ejecutiva a las empresas Industriales y comerciales.

10-. Establece el artículo 146 acusado:

> "Limitaciones para participar en procesos contractuales. Las corporaciones públicas, las juntas directivas, las juntas administradoras locales y los organismos de control no podrán intervenir ni inmiscuirse en el proceso de selección de los contratistas ni en la adjudicación, celebración ejecución y liquidación de los contratos. Tampoco podrán hacerlo sus miembros, representantes, delegados o voceros. Todo ello sin perjuicio de las funciones de examen, verificación, vigilancia y control que corresponden a los Concejos y organismos y a sus miembros y funcionarios".

Según el actor esta disposición viola los ordinales 1 y 3 del artículo 313 de la Constitución que le asignan a los Concejos la facultad para reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio, y autorizar al Alcalde para la celebración de contratos.

Del contenido de la norma transcrita así como del de las disposiciones que se estiman violadas, no advierte la Sala la ostensible infracción, pues habría necesidad de dilucidar, entre otros aspectos, si para la eficiente prestación de los servicios a cargo, del municipio es menester que el Concejo intervenga en el proceso de contratación y si la limitación que al respecto impone la norma acusada puede ser o no una consecuencia de lo consagrado en los artículos 292 y 323 inciso último de la Carta Política, todo lo cual excluye la metodología de la simple confrontación de normas que exige el artículo 152 del C.C.A.

11-. Prescribe el artículo 147 acusado:

> "Autorizaciones para la ejecución de los presupuestos. En los presupuestos anuales del Distrito, sus localidades y entidades descentralizadas, se entienden incorporadas y otorgadas las autorizaciones de las entidades distritales necesarias para la celebración de los contratos que requiera la ejecución de dichos presupuestos".

Asiste razón al actor en cuanto a que la norma transcrita viola el artículo 313 ordinal 3o. de la Constitución pues una cosa es que mediante Acuerdo se expida anualmente el presupuesto da rentas y gastos por parte del Concejo y otra muy diferente es que la sola expedición de aquél lleve ínsita las autorizaciones para la celebración de contratos que se requieran para la ejecución del mismo. Si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, no habría consagrado en el

artículo 313 ordinal 3o. la facultad de los Concejos de autorizar al Alcalde la celebración de contratos.

En consecuencia, procede la suspensión provisional de los efectos de la norma en estudio.

12-. En relación con el cargo de violación que endilga el actor a los artículos 149 a 151 que establecen las clases de contratos que puede celebrar el Distrito, sus localidades y las entidades descentralizadas, frente al artículo 313 ordinal 3o. de la Constitución, considera la Sala que no está llamado a prosperar, pues si bien es cierto en ellos no se menciona la autorización del Concejo al Alcalde para efectos de la celebración de tales contratos, también es cierto que en la medida en que esta misma providencia suspende provisionalmente los efectos del artículo 147 que expresamente excluye dicha autorización, las normas en estudio pueden tener aplicación siempre y cuando atiendan el mandato contenido en el ordinal 3o. del artículo 313 mencionado.

13-. El artículo 157 estatuye en su inciso primero:

> "Valorización. Corresponde al Concejo establecer la contribución de valorización por beneficio local o general; determinar los sistemas y métodos para definir los costos y beneficios de las obras y fijar el monto de las sumas que se pueden distribuir a título de valorización y como recuperación de tales costos o de parte de los mismos y la forma de hacer su reparto.." (Subrayas de la Sala).

El actor señala que en el aparte subrayado el acto acusado transgrede el artículo 338 de la Carta, al ir más allá de lo que ordena esta norma sobre valorización, pues la fijación de tales montos se hace en forma subjetiva y sin definir el costo de las obras.

Confrontando la norma acusada con la disposición contenida en el artículo 338 que se cita como vulnerado, la Sala no aprecia la manifiesta infracción, y el por el contrario, en principio, la armonía de aquélla con éste. En efecto, el precepto constitucional consagrado en el artículo 338, en tratándose de la fijación de tarifas de las tazas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen, señala que: "el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos ..."

De lo anterior se infiere que la fijación de los montos de las sumas a distribuir a título de valorización debe ser una consecuencia de haber definido

previamente los costos y beneficios de las obras, para lo cual el artículo 338 al igual que el artículo 157 acusado han facultado al Concejo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

1o. **ADMITESE** la demanda presentada por el ciudadano JOSE CIPRIANO LEON C.,contra los artículos 8, 13 párrafo segundo, 18 ordinales 5o.y 6o., 19 a 26, 54 a 58, 118, 130, 135, 136, 143 párrafo segundo, 146, 147, 149 a 151, 154, 157, 161, 172, 176 y 177 del Decreto 1421 de 21 de Julio de 1.993, expedido por el Gobierno Nacional. 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 a los señores Ministros de Gobierno y Hacienda y Crédito Público, al señor Director del Departamento Nacional de Planeación y al señor alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

c) **FIJESE** el negocio en lista por el término de cinco (5) dias para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

d) **DEPOSITE** el actor en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo), 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 del acto acusado.

2o) **DECRETASE** la suspensión provisional del artículo 13 párrafo segundo del Decreto 1421 de 1.993, en cuanto incluye los ordinales 3o., 8o., 14 y 21 del artículo 12 *ibídem*, y la frase "autoricen enajenar sus bienes y dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas" contenida en la parte final del citado párrafo.

3o) **DECRETASE** la suspensión provisional del artículo 147 del mismo Decreto.

4o): **DENIEGASE** 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 su sesión de fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

VEEDOR DEL TESORO - Funciones

No es de recibo para la Sala el argumento del recurrente, en el sentido de que el ejercicio de la mencionada función del Veedor se circunscribe a los períodos preelectorales o a aquellos en que se adelanten campañas políticas, pues dada la claridad del mandato constitucional, no le es permitido al juez desentender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 Código Civil) y, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que ni el artículo transitorio 34 de la Carta ni otro del mismo rango establecen que las campañas electorales sólo se adelantarán o podrán adelantarse durante los tres (3) meses anteriores a cada elección. En consecuencia reitera la Sala, el Presidente de la República no podía limitar la autonomía y la independencia en el ejercicio de la dicha función constitucionalmente atribuída al Veedor y hacer depender de la voluntad de la Procuraduría, no sólo la validez de las decisiones adoptadas por ese funcionario sino su misma existencia.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2555. Actor: ANTONIO JOSE NAVARRO WOLFF.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra el auto de 5 de agosto de 1993, admisorio de la demanda, en cuanto en el ordinal 2o. de su parte resolutiva se decretó la suspensión provisional de los efectos 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 1991, "por el cual se desarrolla el artículo transitorio 34 de la Constitución Política", contentivo, en términos generales, de la reglamentación de las funciones del Veedor del Tesoro.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El recurrente considera que no era procedente haber decretado la medida de suspensión provisional, pues las razones que se resumen a continuación llevan a predicar que los actos acusados no violan en forma clara y manifiesta el artículo transítorio 34 de la Constitución (fls. 46 a 57):

En cuanto a las funciones y al período del Veedor debe observarse que la citada norma constitucional condiciona el ejercicio de estas funciones al período en el cual se realizan campañas electorales, por lo cual no se puede sostener sin lugar a equívoco, que en todo momento el País se encuentre en período preelectoral. Para llegar a tal conclusión se requeriría realizar una confrontación con otra norma jurídica u otros principios de derecho. La realidad política del País permite percibir que los ciclos preelectorales se diferencian claramente de aquellos en los cuales esa situación no, se presenta.

A pesar de que el favorecimiento con dineros públicos se puede producir en períodos que no correspondan a campañas políticas, debe aclararse que la Constitución ha asignado competencia a otras autoridades para investigar y sancionar esos ilícitos. Además, "... otros artículos no impugnados en el texto reglamentario establecen numerosas funciones adicionales que permiten al Veedor ejercer su cometido durante la totalidad del período trienal".

Una interpretación exegética podría dar para pensar que la función principal del Veedor se suspende durante el período en que no se presentan campañas electorales, lo cual parece más razonable en virtud del aforismo según el cual las excepciones deben interpretarse de manera estrecha. Lo anterior no puede desecharse por el Consejo de Estado en el trámite de la suspensión provisional, "...porque hacerlo significaría estudiar los cargos de fondo, lo que no corresponde a esta etapa procesal".

Si bien el artículo transitorio de la Carta asigna al Veedor la vigilancia del tesoro público durante un período de 3 años, ello no implica que las funciones de otros entes que tienen atribuídas funciones análogas se suspendan o queden subsumidas en éste; es decir, que la citada norma constitucional no está haciendo un reconocimiento omnímodo al Veedor, pues alude de manera especial a la participación de las entidades de control y vigilancia, lo que conlleva a que "...

el decreto por medio del cual se regulan las funciones del Veedor, pueda hacer referencia a las atribuciones y funciones que están asignadas a la Procuraduría General de la Nación, entre otras, y cuando se estime pertinente su participación en el proceso de vigilancia. Como fundamento de un Estado social de derecho, debe precisarse que es congruente con la distribución de poderes y competencias la existencia de funcionarios que se encarguen de ejercer el control sobre otros para evitar excesos en el ejercicio del poder".

En consecuencia el artículo 34 transitorio de la Carta permite la reglamentación contenida en los actos acusados y además, para deducir su desconocimiento por parte de aquellos se requeriría de "...un estudio pormenorizado de otros regímenes jurídicos así como un análisis congruente entre las diferentes instituciones que cumplen funciones análogas..." a las del Veedor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de confrontar, nuevamente, los actos acusados con el artículo transitorio 34 de la Carta Política y de analizar los fundamentos de la reposición, para la Sala es incuestionable que la providencia recurrida debe mantenerse, por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 152 del C.C.A., y como lo tiene definido la jurisprudencia de la Corporación, la medida de suspención provisional de los actos administrativos es de procedente cuando quiera en ellos incurren en manifiesta violación de los preceptos superiores que se invocan en la solicitud, siendo esa contradicción tan clara y evidente que no exija al juez razonamientos ni analísis de fondo.

Con base en el anterior marco de referencia esta Sección adoptó la providencia recurrida en reposición. En efecto, la desición de decretar la suspensión provisional de la expresión "... dentro de los tres (3) meses anteriores a cada elección.." contenida en el artículo 11, inciso Primero, del Decreto 2093 de 1991, obedeció a que confrontada tal locución con el artículo transitorio 34 de la Carta Política, la Sala evidenció que al establecerse en ella un límite temporal al ejercicio de la función asignada al Veedor del Tesoro, 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 que se efectúen en el término indicado...", el Presidente de la República incurrió en un claro exceso de la facultad de reglamentación atribuído, pues la norma constitucional consagra que el término para el ejercicio de dicha función es el de tres años que ella misma establece como el de duración del cargo público de Veedor.

Por lo anterior, no es de recibo para la Sala el argumento del recurrente, en el sentido de que el ejercicio de la mencionada función del Veedor se circunscribe a los períodos preelectorales o a aquellos en que se adelanten campañas políticas, pues, dada la claridad del mandato constitucional, no le es permitido al juez desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 Código civil) y, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que ni el artículo transitorio 34 de la Carta ni otro del mismo rango establecen que las campañas electorales sólo se adelantarán o podrán adelantarse durante los tres (3) meses anteriores a cada elección.

En lo que concierne a la decisión de decretar la suspensión provisional de los efectos de los incisos 2o. y 3o. del artículo 11 acusado, la Sala se fundamentó en que mientras el artículo transitorio 34 de la Carta dispone que para efecto de cumplir con la indicada función, el Veedor tendrá derecho a pedir y obtener la colaboración de todos los organismos públicos que ejerzan funciones de control y vigilancia y de policía judicial, el acto acusado, contrariando de manera manifiesta dicha norma, " ... 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".

En consecuencia reitera la Sala, el presidente de la República no podía limitar la autonomía y la independencia en el ejercicio de la dicha función constitucionalmente atribuída al Veedor y hacer depender de la voluntad de la Procuraduría, no sólo la validez de las decisiones adoptadas por ese funcionario sino su misma existencia.

Frente a las anteriores consideraciones, la mayoría de los argumentos del recurrente no son más que el resultado de un vano esfuerzo por sembrar dudas alrededor de las disposiciones suspendidas, inconstitucionalidad manifiesta de las disposiciones suspendidas, que no logran desvirtuar en lo más mínimo ninguno de los fundamentos de la providencia recurrida.

Sin perjuicio de lo expuesto que evidencia una vez más la manifiesta inconstitucionalidad de los actos demandados, la Sala pone de presente al recurrente que la decisión de suspender provisionalmente sus efectos no implica, un prejuzgamiento del fondo de las pretensiones de la demanda, sino que simplemente es el producto del cumplimiento de la alta y delicada función de administrar justicia y el fiel desempeño de las funciones que le han sido atribuidas, como es el caso concretamente de la institución de la suspensión provisional.

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

RESUELVE:

CONFIRMARSE el ordinal 2o. de la parte resolutiva del auto recurrido en reposición.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRALORIA MUNICIPAL - Partidos / PRESUPUESTO MUNICIPAL

La Sala en esta oportunidad reitera lo manifestado en la providencia cuyos apartes han quedado transcritos, por lo cual habrá de confirmar la sentencia recurrida, dado que el acto acusado desconoce el artículo 250 del Acuerdo No. 025 de 1987, emanado del Concejo Municipal del Espinal, que destina para el funcionario de la Contraloría Municipal el 2 del producto del total de las rentas del presupuesto del Municipio incluidos los Institutos Descentralizados, ya que tal acto excluye expresamente de dicho porcentaje a las Empresas Públicas Municipales del Espinal, con base en una interpretación analógica que no era procedente efectuar, pues lo expresado no solo en el fallo analizado por la Junta Directiva de la entidad sino en numerosos pronunciamientos de la Sección guarda relación exclusiva con las entidades territoriales departamentales, únicas destinatarias de los alcances de la disposición contenida en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958. Luego, si el contenido del artículo 250 del Código Fiscal del Espinal difiere sustancialmente del contenido y alcance el artículo 6o. de 1958, mal puede afirmar el recurrente que el acto acusado se expidió en armonía con ambas disposiciones.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2581. Recurso de apelación contra la sentencia de 1o. de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Actora: LUZ BETTY ACOSTA GUZMAN.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las Empresas Públicas Municipales del Espinal (Tolima) contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad de la decisión de la Junta Directiva de dicha entidad, contenida en el Acta 001 de la reunión de 15 de enero de 1992, que aprobó por unanimidad la proposición del numeral 3o. de la citada Acta.

I-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO.

Para acceder a las pretensiones de la demanda consideró el *a-quo*, en síntesis, lo siguiente:

1-. El acto acusado es del siguiente tenor:

"a.- Autorizar a la Gerente de las Empresas Públicas Municipales de el (sic) espinal, para que del presupuesto de la Entidad, vigencia fiscal 1992 se abstenga de entregar partida alguna destinada a sufragar gastos que demande la Contraloría Municipal.

b.- Se suspende lo ordenado en el acta No. 007 de fecha julio 4 de 1991 donde se aprobaron los aportes a la Contraloría, por parte de la Junta Directiva de las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES de el (sic) espinal.

c.- La partida disponible del 2% que se estaba sufragando a la Contraloría Municipal se incorpora al Presupuesto de Inversiones.

La proposición presentada por el señor Alcalde es aprobada por unanimidad."

De lo transcrito se desprende que la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales del Espinal había suspendido los aportes del 2% que le correspondían del Presupuesto a la Controlaría. Allí no se hace mención de que se trate de subsanar ningún error que se había cometido en el Acta 007 de julio anterior, como se afirma en la contestación de la demanda, y además, de los fundamentos que se tuvieron en cuenta para ello no se puede llegar a una conclusión diferente de la que llegó la demandante, porque se asimiló un pronunciamiento del honorable Consejo de Estado que resolvió el caso de una

Contraloría Departamental para sostener que el 2% ordenado en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 era del presupuesto del Departamento y nó del de las Entidades Descentralizadas.

2-. De otra parte, en las respuestas que el Alcalde como tal y como Presidente de la Junta de dichas Empresas dió al Contralor Municipal el 28 de septiembre de 1992, detalladamente se indican las razones por las cuales no se entregan tales aportes, que en resumen corresponden a las tenidas en cuenta en el Acta objeto de impugnación que aprobó la proposición.

3-. El artículo 250 del Acuerdo 025 de 1987, por medio del cual se expide el Código Fiscal del Espinal, ordena que para el funcionamiento de la Contraloría local se destina el 2% del producto del total de la renta del presupuesto del municipio, incluidos los institutos descentralizados.

4-. Las empresas Municipales estaban en la obligación de acatar el Acuerdo en mención, no solamente por tratarse de un ordenamiento jurídico superior sino porque no ha sido suspendido o anulado por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni modificado o derogado por el propio órgano que lo expidió.

5-. Es incuestionable el desacierto de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales del Espinal, en primer lugar, porque no puede aplicarse la decisión del Consejo de Estado ya que esta trata sobre aportes a Contralorías Departamentales, pues la Ley 6a. de 1958 es solamente para los entes fiscalizadores de aquellas entidades territoriales, por lo cual está incorporado en el Decreto 1222 de 1986, y en segundo lugar, porque las nuevas normas constitucionales le dan plena facultad a los Concejos Municipales para organizar las respectivas Contralorías como autoridades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y, en consecuencia,esos entes pueden manejar su propio presupuesto de acuerdo con los recursos que el Concejo haya creado para ello.

6-. En este caso no interesa que en la vigencia fiscal de 1993 aparezca la asignación correspondiente al 2% de los ingresos corrientes ni que se haya cancelado el aporte por el año de 1991, pues se trata de un pronunciamiento hecho por la Junta respecto a la vigencia de 1992 y no se está averiguando si se entregaron o no esos dineros, como tampoco si los aportes son por tal o cual suma, sino que la cuestión fundamental radica en la determinación de no entregar la partida correspondiente al 2% del producto total de las rentas del presupuesto de las Empresas Públicas Municipales.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden resumirse así:

1-. El 2% de que trata el artículo 250 del Código Fiscal del Espinal se viene cumpliendo a cabalidad y de esta manera dicho porcentaje se saca del presupuesto global del Municipio del Espinal, donde está contemplado el de las Empresas Públicas Municipales. Luego lo que pretende la demandante es que se genere un pago doble.

2-. Lo anterior está debidamente probado en el proceso con la certificación aportada en la contestación de la demanda, donde la Secretaria de Hacienda del Municipio del Espinal determina el rubro con la imputación 1.03.62 a nombre de la Contraloría Municipal.

3-. Por estas razones se expidió el Acta objeto del debate procesal acogiéndose al artículo 250 del Código Fiscal, como también a lo ordenado por el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958.

4-. Ha debido tenerse en cuenta el concepto emanado de la Procuraduría veintiséis Judicial en lo Administrativo en cuanto a que la acción de nulidad no debe prosperar, ya que está acreditado que en el presupuesto de la vigencia fiscal de 1993 aparece el rubro INGRESOS CORRIENTES con imputación 10362 para la Contraloría Municipal del Espinal y la certificación de la Secretaría de Hacienda Municipal señala que de ninguna manera se ha violado el artículo 250 del Código Fiscal.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Del contenido de la decisión de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales del Espinal, adoptada en el Acta No. 001 de 15 de enero de 1992, objeto de controversia, sin lugar a dudas se infiere que ella tuvo por fundamento el análisis previo por parte de dicha entidad de la sentencia de esta Corporación proferida el 11 de julio de 1991, expediente no. 1493 ponente: Consejero doctor Miguel González Rodríguez, en la cual frente al artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, entre otros aspectos manifestó la Sala que cuando dicha Ley habla de presupuesto del respectivo Departamento, se está refiriendo al expedido por la Asamblea Departamental con base en el proyecto presentado por el Gobernador,

diferente del presupuesto de las entidades descentralizadas, cuya aprobación corresponde a sus Juntas Directivas y que por ello mal puede entenderse que el presupuesto de éstas forma parte del de aquel.

Esta Corporación en sentencia de 13 de septiembre de 1991, expediente No. 1647, con ponencia del Consejero doctor Yesid Rojas Serrano, al pronunciarse sobre el artículo 3o. del Acuerdo 43 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, que había establecido, para efectos de gastos de funcionamiento de la Contraloría Municipal, un 3% del presupuesto del municipio y de los organismos descentralizados que manejen presupuesto autónomo y que estén sometidos a la vigilancia fiscal, expresó:

> "... El demandante fundamenta su pretensión en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, según la cual "Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada Departamento, el dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos". Respalda el actor su petición de nulidad argumentando que esta norma es aplicable a las Contralorías Municipales.
>
> Clara en sumo grado es la disposición pretranscrita al referirse en forma taxativa a "Las Contralorías Departamentales" y a "cada Departamento". Mal podría invocarse entonces una aplicación analógica en asuntos municipales como trata de insinuarlo con apoyo en la doctrina ..."
>
> "... No hay pues olvido de Ley ni lagunas jurídicas que se deban suplir con una pretendida analogía. La limitación presupuestal cuyo amparo se predica, dice relación única y específicamente a las Contralorías Departamentales. Así lo confirman las sentencias citadas por el accionante emanadas de esta Corporación en las que se hace referencia no a las Contralorías Municipales, sino a "las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales' ..."

La Sala en esta oportunidad reitera lo manifestado en la providencia cuyos apartes han quedado transcritos, por lo cual habrá de confirmar la sentencia recurrida, dado que el acto acusado desconoce el artículo 250 del Acuerdo No. 025 de 1987, emanado del Concejo Municipal del Espinal, que destina para el funcionamiento de la Controlaría Municipal el 2% del producto del total de las rentas del presupuesto del Municipio incluidos los Institutos Descentralizados, ya que tal acto excluye expresamente de dicho porcentaje a las Empresas Públicas Municipales del Espinal, con base en una interpretación analógica que no era procedente efectuar, pues lo expresado no solo en el fallo analizado por la Junta Directiva de la entidad sino en numerosos pronunciamientos de la Sección guarda relación exclusiva con las entidades territoriales

departamentales, únicas destinatarias de los alcances de la disposición contenida en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958. Luego, si el contenido del artículo 250 del Código Fiscal del Espinal difiere sustancialmente del contenido y alcance del artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, mal puede afirmar el recurrente que el acto acusado se expidió en armonía con ambas disposiciones.

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 1o. de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACCIONES POPULARES / DERECHO AL AMBIENTE SANO / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal / TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS

Con base en el art. 84 del C.C.A se persigue la declaratoria de nulidad de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas frente a los cuales la ley no ha previsto expresamente el ejercicio de la acción de nulidad. Porque si se interpretase la demanda en el sentido de que mediante ella se busca la protección del medio ambiente, al cual se refieren las normas constitucionales invocadas por el recurrente, debe tenerse en cuenta que, para ese fin, el artículo 88 de la Carta Política señala expresamente como vía procesal adecuada el ejercicio de las acciones populares y que, correspondiendo a la ley su regulación, ellas sólo será jurídicamente viables en la medida en que el Legislador las desarrolle y atribuya competencia para su conocimiento a alguno o algunos de los órganos judiciales del país. En consecuencia, la Sala considera que, dentro de la hipótesis planteada, la solicitud de declaratoria de simple nulidad de actos como los demandados ante el juez administrativo sólo será de recibo una vez que el Legislador desarrolle el mencionado artículo 88 de la Carta y, dado el caso, le atribuya competencia para su conocimiento.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2627 Actor: SOCIEDAD INVERSIONES DE SIMLA S.A.

Procede la Sala de Decisión de la Sección Primera a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto oportunamente por el apoderado de la sociedad demandante contra el auto de 22 de septiembre de 1993, proferido por el señor Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez, con el fin de obtener su revocatoria y, en consecuencia, se disponga la admisión de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

La Sociedad Inversiones Simla S.A., por intermedio de apoderado, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó de esta Corporación, previa suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 2182 de 17 de junio de 1986, 3476 de 15 de septiembre de 1986 y 3915 de 30 de agosto de 1988, expedidas por el Director Ejecutivo de la Corporación Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR), mediante las cuales se concedió permiso en favor de los señores Nazareno Francisco y Carlos Alberto Filauri Postarini, para la extracción de material aluvial, en un en un área de 28 hectáreas, dentro del predio San Rafael, Vereda de Riofrío, Jurisdicción del Municipio de Tabio (Cundinamarca), durante un término de 7.5 años.

II.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Los fundamentos de la providencia recurrida, mediante la cual se inadmitió la demanda, son los siguientes (fls. 697 a 699):

Contra los actos demandados, que son de contenido particular, individual y concreto, la ley no ha previsto su enjuiciamiento a través de la acción de nulidad.

De la interpretación de la demanda resulta que en ella "... tampoco se dan los presupuestos para la viabilidad de la acción consagrada en el artículo 85 ibidem, como quiera que no se aprecia el interés en la actora que se traduzca en el restablecimiento de un derecho subjetivo que le haya sido desconocido o vulnerado con los actos que acusa, amén de que para la fecha de presentación de aquél ya había operado el fenómeno de la caducidad".

En el expresado sentido se pronunció esta Sección en auto de 21 de mayo de 1993, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Patricia Mier Barrios, expediente No. 2385, en que se controvirtieron los mismos actos que aquí se demandan, la cual fue confirmada por la Sala de Decisión en

providencia de 27 de agosto del citado año, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las razones expuestas por el recurrente son, en resúmen, las siguientes (fls. 700 a 719):

El permiso que se concedió mediante los actos acusados para extraer material aluvión faculta al minero a realizar una serie de obras que deterioran el ambiente y causan impacto a los recursos naturales renovables y al suelo. Ello desvirtúa la naturaleza particular de dichos actos, los cuales, si bien confieren derechos subjetivos a los titulares, sus consecuencias afectan el interés general de la comunidad. En consecuencia, los actos que se acusan sólo son de carácter particular respecto de sus titulares, pero no respecto de la comunidad, quien, por ese mismo hecho, está legitimada por los artículos 79 y 95-8 de la Constitución, y por el artículo 84 del C.C.A., para instaurar acciones en defensa del medio ambiente.

"Por otra parte el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 26 de mayo de 1993, estableció que en los asuntos mineros por estar involucrado el acto administrativo de otorgamientos de título minero, es a la autoridad administrativa a la que corresponde el control de legalidad, en virtud de la naturaleza del acto".

La decisión recurrida, con base en una jurisprudencia restrictiva, rompe el esquema tradicional del acto administrativo particular y va en contra de la tesis de los motivos y finalidades, consignada en la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de estado el 10 de agosto de 1961, la cual, ratificada en decisiones posteriores, indica que en cada caso se deben analizar los motivos y finalidades del actor.

En lo referente a la caducidad de acción, de lo cual se ocupa la providencia recurrida, debe aclararse "... que ninguno de los actos administrativos aquí impugnados ha cumplido con los requisitos de debida publicidad previstos en el artículo 46 del C.C.A., pues, si bien es cierto que la Resolución 2182 de 1986 fue publicada en el Diario Oficial No.37.577 del 6 de agosto de 1986 en ella se había omitido el nombre del beneficiario del permiso, y los demás actos ni siquiera han sido publicados en el Diario Oficial, en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones". Por lo anterior, no es posible dar aplicación al artículo 136 del C.C.A.

En conclusión, la Sección Primera del Consejo de Estado debe retornar a la tesis de los motivos y finalidades para unificar la jurisprudencia sobre este aspecto y "... para mantener a las providencias de la jurisdicción contencioso administrativa acorde con los temas que inquietan a los ciudadanos colombianos, hoy y en el futuro, como es el del medio ambiente, y en este caso particular el control jurisdiccional de la relación autoridades-medio ambiente".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del correspondiente estudio de los fundamentos de la impugnación, la Sala considera que el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

1o.- Porque mediante la demanda incoada con base en el artículo 84 del C.C.A. se persigue la declaratoria de nulidad de actos, administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas frente a los cuales la ley no ha previsto expresamente el ejercicio de la acción de nulidad. En este sentido, y a partir de la providencia de 2 de agosto de 1990,de la cual fue ponente el Consejero de Estado doctor Pablo J. Cáceres Corrales, proferida dentro del expediente No. 1482, actor: Oswaldo Cetina Vargas, la jurisprudencia de esta Sección ha sido constante y reiterativa.

2o.- Porque si se interpretáse la demanda en el sentido de que mediante ella se busca la protección del medio ambiente, al cual se refieren las normas constitucionales invocadas por el recurrente, debe tenerse en cuenta que, para ese fin, el artículo 88 de la Carta Política señala expresamente como vía procesal adecuada el ejercicio de las acciones populares y que, correspondiendo a la ley su regulación, ellas sólo serán jurídicamente viables en la medida en que el Legislador las desarrolle y atribuya competencia para su conocimiento a alguno o a alguno de los órganos judiciales del País. En consecuencia, la Sala considera que, dentro de la hipótesis planteada, la solicitud de declaratoria de simple nulidad de actos como los demandados ante el juez administrativo sólo será de recibo una vez que el Legislador desarrolle el mencionado artículo 88 de la Carta y, dado el caso, le atribuya competencia para su conocimiento.

3o.- Porque si en gracia de discusión se aceptase que los actos cuya declaratoria de nulidad se pretende no han sido publicados en debida forma y, por tal razón, la acción,entendida como la nulidad y restablecimiento del derecho, no ha caducado, la Sala encuentra que su ejercicio tampoco resulta viable, toda vez que, como se advierte en la providencia recurrida, en la demanda "... no se aprecia el interés de la actora que se traduzca en el restablecimiento de un derecho subjetivo que le haya sido desconocido o vulnerado por los actos que acusa".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

CONFIRMASE, en todas sus partes, el auto recurrido en súplica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, (Salvo Voto).

DERECHO AL AMBIENTE SANO / TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES / CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO
(Salvamento de voto)

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. En los actos acusados mediante la presente acción se aprueba el estudio y plan de explotación de material de arrastre y se concede permiso a sus propietarios para la extracción de material aluvial. 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 medio ambiente sano a que tiene derecho el público. 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 válidos los actos administrativos que la crearon.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. YESID ROJAS SERRANO

Referencia: Expediente No. 2627 AUTORIDADES NACIONALES
Actora: SOCIEDAD INVERSIONES DE SIMLA S.A.

SECCION PRIMERA

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 concluír 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 nulidad 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 de la 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 estos 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 funcionamiento, corporación que los profirió, pero con el único objeto de tutelar el orden jurídico y la legalídad 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 solo 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 6 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 demuestra 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 le 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 de 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, lesione 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 cuando 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 excluírlo 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.

Valga la pena observar en primer término, que el precitado auto fué dictado en circunstancias diferentes a las concomitantes al caso que ahora se estudia. En aquella oportunidad el acto acusado fué 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 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 quien 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, 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 ya 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 6 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 prohibe 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 constituídos, 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 constituídos, la prevalencia del interes 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 las 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.

Atentamente,

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES / CONTROL JURISDICCIONAL / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA RESIDUAL / SUSPENSION PROVISIONAL

Si bien es cierto que por el contenido material de los Decretos que expide el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 éllos tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, no es menos cierto que en razón de la autoridad que los expide: El Gobierno Nacional, son actos administrativos. Obsérvese que es el Constituyente quien al adscribir el control a esta jurisdicción de todos los Decretos que expide el Gobierno Nacional que no estén sujetos al de la Corte Constitucional, quien ha calificado los actos según la entidad de donde emanan, independientemente de su contenido o materia. 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 para los actos administrativos ante el evento de darse las circunstancias de que trata el artículo 152 del C.C.A.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad / MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL - Reestructuración / JUNTA DIRECTIVA - Facultades / PLANTA DE PERSONAL

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 previstos en la norma transitoria, 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 aquéllos organismos tienen en forma permanente (artículos 26 literal b) Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978), para la 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. REVOCA EL NUM. 2 DEL PROVEIDO DE 19 DE AGOSTO DE 1993. DENIEGA la medida de suspensión provisional de los efectos de la expresión "... dentro del plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto" contenida en el artículo, 19 del Decreto 2148 de 1992.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2327. Acción: Nulidad. Actor: CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON.

El apoderado de la Nación- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- interpone recurso de reposición contra el numeral 2°. del auto de 19 de agosto de 1993, que decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión "... dentro del plazo de dieciocho (18) meses contado a partir de la fecha de publicación del presente decreto", contenida en el artículo 19 del Decreto 2148 de 1992.

I-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los argumentos que expresa el recurrente pueden sintetizaras así:

1-. El Consejo de Estado no ha sido consistente en sus pronunciamientos orientados a determinar la naturaleza jurídica de los actos del Ejecutivo, pues en un primer momento, en reiterados autos consideró que los Decretos del Gobierno Nacional expedidos con base en el artículo transitorio 20 tienen la

misma fuerza o entidad normativa que la ley, por razón de la materia de que se trata, es decir que acudió a los criterios material y jerárquico con prescindencia total de los puntos de vista funcional y orgánico.

Todo esto implicaba que la Sala en forma unánime consideró que un acto no tiene carácter de administrativo o legislativo por el simple hecho de que está sometido a la jurisdicción administrativa o a la jurisdicción constitucional, o si fue dictado por el Gobierno o por el Congreso de la República.

Posteriormente variando su pensamiento, la Sala adoptó el criterio orgánico como único auxiliar para determinar la naturaleza jurídica de los Decretos que nos ocupan y concluye que por el sólo hecho de haber sido dictados por el Ejecutivo, tales Decretos tienen el carácter de actos administrativos.

El criterio orgánico está proscrito como único punto de vista para catalogar a un acto administrativo, como lo expresa el Tratadista doctor Libardo Rodríguez Rodríguez en su libro Derecho Administrativo General Colombiano, Editorial Temis. En consecuencia, no se entiende cómo el Consejo de Estado retrocede en esta evolución doctrinaria y jurisprudencial rescatándolo de las cenizas y echando al olvido ôtros criterios de innegable trascendencia en este esfuerzo de catalogar un acto administrativo.

2-. El artículo transitorio 20 habilitó al Gobierno Nacional no solo para reestructurar las entidades sino también para poner en consonancia la administración con la reforma constitucional, y ello obviamente lo facultaba para esbozar o fijar unos criterios conforme a los cuales se diera cumplimiento a lo ordenado en los Decretos de modernización, precisamente en consideración a que la magnitud de la reforma administrativa requería de un orden y racionalidad en la ejecución de la misma.

La determinación de un plazo para la supresión de empleo no constituye extensión del momento legislativo sino apenas la fijación de una pauta sobre la manera en que la administración pública habrá de cumplir dicha voluntad legislativa, cuya actuación termina al extinguirse el plazo de 18 meses consagrado en el artículo transitorio 20. De esta manera es posible perfectamente distinguir entre la decisión de reestructuración (momento legislativo) y el de simple ejecución de voluntad (momento de ejecución y cumplimiento).

La fijación del plazo no constituye prórroga de las facultades del artículo transitorio 20 en tanto que la decisión quedó adoptada dentro del término previsto por dicho artículo y el plazo tan solo alude a la ejecución y cumplimiento de dicha decisión por parte de las autoridades administrativas competentes.

Tampoco puede afirmarse que la fijación del plazo constituye una limitación en las facultades del Consejo Directivo, pues ya se dijo, el Gobierno Nacional se limitó a fijar unas pautas y criterios para acelerar y racionalizar el ejercicio de la función administrativa por parte de dicho ente, para lo cual estaba habilitado por la norma transitoria.

La naturaleza legislativa de los Decretos emanados del artículo transitorio 20 no tiene terrenos vedados distintos de los señalados por la propia Constitución como competencias de otros entes, razón por la cual el Gobierno como legislador sui generis, tiene plena capacidad legal para disponer la forma en que habrá de cumplirse con los mandatos contenidos en dichos Decretos.

No se dan los supuestos para la procedencia de la suspensión provisional, pues el contenido del artículo 19 del Decreto 2148 de 1992 no viola la disposición constitucional invocada como fundamento de aquélla, dado que el análisis de juridicidad no se agota con la simple comparación de la disposición suspendida con la preceptiva de la norma transitoria.

II-. LA DECISION

Para resolver se considera:

En lo que respecta al primer argumento que expone el recurrente, la Sala reitera sus pronunciamientos expresados en los proveídos de 6 de agosto y 16 de septiembre de 1993, expedientes 2348 y 2484, respectivamente, 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 éllos tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, no es menos cierto que en razón de la autoridad que los expide: el Gobierno Nacional, son actos administrativos. Obsérvese que es el Constituyente quien al adscribir el control a esta jurisdicción de todos los Decretos que expide el Gobierno Nacional que no están sujetos al de la Corte Constitucional, quien ha calificado los actos según la entidad de donde emanan, independientemente de su contenido o materia. Y si la Carta Política le asignó a esta Corporación la competencia residual en el artículo 237 numeral 2°. 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 para los actos administrativos ante el evento de darse las circunstancias de que trata el artículo 152 del C.C.A.

En lo concerniente al segundo fundamento del recurso, estima la Sala que tiene vocación de prosperidad. En efecto, como lo manifestó la Sala en la segunda providencia citada *ab initio* y en la sentencia de 9 de septiembre del presente año, expediente No. 2309, 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 la norma transitoria, 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 se función de carácter administrativo que aquéllos organismos tienen en forma permanente (artículos 26 literal b) Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978), para la 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 :

1°): REVOCASE el numeral 2°. del proveído de 19 de agosto de 1993. En consecuencia, DENIEGASE la medida de suspensión provisional de los efectos de la expresión "... dentro del plazo de dieciocho (18) meses contado a partir de la fecha de publicación del presente decreto", contenida en el artículo 19 del Decreto 2148 de 1992.

2°): RECONOCESE como apoderado especial de la Nación Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- al abogado JORGE ENRIQUE PAREDES TAMAYO, y como sustituta de éste a la abogada AMINTA RENGIFO LOPEZ, en los términos y para los fines del memorial de sustitución visible a folio 88.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Yesid Rojas Serrano, José Ignacio Narváez García,* (conjuez); *Pedro Alejo Gómez Vila* (conjuez).

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / DANE - Reestructuración / SUPRESION DE EMPLEOS

La facultad que el artículo transitorio 20 otorgó al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política. tiene carácter legislativo (artículo 150 numeral 7o.), ya que para la época de la expedición de aquélla el Congreso se hallaba en receso originado por la revocatoria de su mandato, por lo cual no podía el Gobierno Nacional hacer uso de las atribuciones constitucionales contenida en los numerales 15 y 16 del artículo 189, de carácter administrativo. Dada la naturaleza de la función excepcional transitorio de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, se ha venido afirmando que los Decretos expedidos por éste en desarrollo de la facultad contenida en el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley. luego, sí el Gobierno tiene expresamente las atribuciones de modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas que defina la ley (artículo 189 numeral 16); ésta en este caso lo es el Decreto en cuestión, y tal modificación de la estructura lleva ínsita, como es lógico, la supresión de cargos o empleos, funciones estas de carácter administrativo, no puede afirmarse que el término a que aluden los artículos 32 y 35 constituye una prórroga del previsto en el artículo transitorio 20, pues la naturaleza de uno y otro son sustancialmente diferentes, amén de que las funciones administrativas que compete realizar al gobierno son permanentes para lo cual no se requiere de señalamiento de plazo ni de término alguno para su ejercicio.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2490. Acción: Nulidad. Actor: RAFAEL DE JESUS MOTANTES MORANTES

El ciudadano RAFAEL DE JESUS MORANTES MORANTES, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 2167 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Departamento Nacional de Planeación", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Cita el actor como infringidos por el acto acusado, el Preámbulo y los artículos 339 a 344 y Transitorio 20 de la Constitución Política.

Al desarrollar el concepto de la violación manifiesta que se viola el artículo transitorio 20 por cuanto el término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución ha sido ampliado arbitrariamente.

II-. ACTUACION:

Mediante proveído de 2 de julio del presente año se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional impetrada.

Del auto admisorio se notificó la Nación- Departamento Nacional de Planeación-, quien a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de la pretensión, aduciendo que el demandante no hace un análisis del alcance de la violación, luego no hay pié para controvertir su opinión, por lo cual habrá que limitarse a afirmar que el Decreto se ajusta de manera estricta a las disposiciones constitucionales.

Que, además, la afirmación sobre la extralimitación en el ejercicio de las atribuciones conferidas al Gobierno Nacional por el Constituyente carece de sustento argumental.

SECCION PRIMERA

III-. CONCEPTO FISCAL:

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, manifiesta que las pretensiones de la demanda deben desestimarse ya que la función excepcional transitoria dada al Gobierno Nacional es de naturaleza legislativa y no cabe hablar de prórroga del término allí señalado por la sola circunstancia de que aquél fije un plazo para desarrollar el programa de supresión de empleos o cargos vacantes, si se tiene en cuenta que dicha tarea debe cumplirse por "la autoridad competente", que no es otra que el mismo Gobierno.

IV-. LA DECISION:

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Observa la Sala que el actor se limita a endilgarle al acto acusado la violación del Preámbulo y de los artículos 339 a 344 de la Constitución Política, sin que frente a los mismos haya explicado el concepto de su violación. Esta circunstancia releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno respecto de tales normas.

En lo tocante a la transgresión del artículo transitorio 20, aún cuando el actor no indica las disposiciones que supuestamente contienen una ampliación o prórroga de las facultades otorgadas en aquel al Gobierno Nacional, advierte la Sala que éllas son los artículos 32 y 35 del Decreto en estudio, que regulan el programa de supresión de empleos y la adopción de la planta de personal, señalando al efecto un plazo de seis meses contado a partir de la entrada en vigencia del Decreto, para ejecutar las decisiones adoptadas en el mismo.

Sobre el particular reitera una vez más la Sala lo expresado en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 9 de septiembre del presente año, expediente 2309, en el sentido de que no existe duda alguna en cuanto a que la facultad que el artículo transitorio 20 otorgó al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política, tiene carácter legislativo (artículo 150 numeral 7o.), ya que para la época de la expedición de aquélla el Congreso se hallaba en receso originado por la revocatoria de su mandato, por lo cual no podía el Gobierno Nacional hacer uso de las atribuciones constitucionales contenidas en los numerales 15 y 16 del artículo 189, de carácter administrativo.

Dada la naturaleza de la función excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, se ha venido afirmando que los Decretos expedidos por éste en desarrollo de la facultad contenida en el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley. Luego, sí el Gobierno tiene expresamente las atribuciones de modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas que defina la ley (artículo 189 numeral 16); ésta en este caso lo es el Decreto en cuestión, y tal modificación de la estructura lleva ínsita, como es lógico, la supresión de cargos o empleos, funciones estas de carácter administrativo, no puede afirmarse que el término a que aluden los artículos 32 y 35 constituye una prórroga del previsto en el artículo transitorio 20, pues la naturaleza de uno y otro son sustancialmente diferentes, amén de que las funciones administrativas que compete realizar al Gobierno son permanentes para lo cual no se requiere de señalamiento de plazo ni de término alguno para su ejercicio.

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

FALLA:

DENIEGASE la pretensión de nulidad del Decreto 2167 de 30 de diciembre de 1992.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SOCIEDAD ESPECIAL DE CAPITAL PUBLICO / MONOPOLIO RENTISTICO / JUEGOS INTERMEDIOS / JUEGOS MENORES / JUEGO DE SUERTE Y AZAR / EXPLOTACION DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Permiso / RECURSOS - Destinación / SALUD

Los valores ciertos y mínimos que determina el acto acusado, no tienen otra finalidad que sentar las bases para realizar el estudio de la viabilidad económica de las solicitudes de permiso para la explotación de los juegos intermedios y menores de suerte y azar, sin que ello pueda significar que los titulares de dichos permisos deban aportar mensualmente al sector salud tales valores, pues el pago que a ellos les corresponde realizar por concepto de participación en el producto de la empresa deberá calcularse, conforme lo dispone en el parágrafo 1o. del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, sobre una base ".. nunca inferior al 14 de las ventas mensuales". Es decir, que luego de otorgado un permiso, sus titulares están en la obligación legal de pagar por concepto de participaciones una suma no inferior al 14 de las ventas, cualesquiera que sea su monto, sin que para ello tengan relevancia los valores que establece el acto acusado. Los valores, determinados o determinables, de que da cuenta el acto acusado no guardan relación alguna con el mencionado porcentaje mínimo del 14 ni con la distribución porcentual que regula el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 y que, por tal razón, los recursos destinados a la salud no sufren mengua ni variación a consecuencia de los dispuesto por la Resolución No. 207 de 1992, demandada.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2297 Actor: JOSE JAMES CHAVES MUÑOZ

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 José James Chaves Muñoz en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 10o. de la Resolución No. 207 de 1o. de septiembre de 1992, "Por la cual se señalan los trámites y requisitos para las apuestas de suerte y azar de los Juegos Intermedios y Menores", expida por el Presidente de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. "ECOSALUD S.A.".

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

El citado artículo 10o. de la Resolución No. 207 de 1992 dispone lo siguiente:

> "ARTICULO DECIMO: Señalar que los criterios que se tendrán en cuenta para certificar la viabilidad económica a las solicitudes de permiso de explotación son las siguientes:
>
> "a) JUEGOS INTERMEDIOS: La viabilidad económica de las solicitudes de permiso de explotación de un juego intermedio, deberá tener una base mínima por establecimiento de $1'500.000 mensuales como aporte al sector salud. A partir del año 1993 la base mínima se incrementará en $3'000.000, y a partir de esa fecha tendrá un reajuste anual de acuerdo a la variación del índice de precios del DANE, según certificado que para el año anterior vencido se dé en el mes de octubre.
>
> "b) JUEGOS MENORES: La viabilidad económica de las solicitudes de permiso de explotación de los Juegos menores de que trata la letra a) del artículo 3o. de esta resolución deben tener una base mínima por establecimiento de $50.000 mensuales como aporte al sector de la salud por cada modalidad de juego y/o establecimiento de Juego. Esta base se determina para municipios da hasta 50.000 habitantes. Para Municipios de 50.001 a 200.000 habitantes la base se incrementa en un 50% y para Municipios con población superior a 200.000 habitantes la base mínima se incrementa en un 100%. La base mínima determinada se incrementará a partir del año de 1993 de acuerdo al índice de variación anual de precios

del DANE, calculado para el año anterior según certificado que para el efecto se dé en el mes de octubre.

"PARAGRAFO: Además los valores aquí señalados se incrementarán en proporción a los bienes o elementos de juego que explote el operador de los mismos, siempre con referencia al número registrado por el explotador acogido a la base mínima".

b.- **Los hechos de la demanda**

Los hechos que se indican en la demanda son, en síntesis, los siguientes (fls. 13 a 14):

Los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990, en su orden, declararon como arbitrio rentístico de la Nación la explotación, bajo la forma de monopolio, de todas las modalidades de juego de suerte y azar y autorizaron la constitución y organización de una Sociedad de Capital Público, hoy denominada ECOSALUD S.A., cuyo objeto es la explotación y administración de dicho monopolio rentistico.

La empresa ECOSALUD S.A. se constituyó por escritura pública No. 4379 de 23 de julio de 1990, Notaría Novena de Bogotá, su inscripción en la Cámara de Comercio de Bogotá se realizó el 17 de octubre del citado año y sus estatutos fueron aprobados por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 271 de 1991.

La Resolución parcialmente acusada se expidió por el Presidente de ECOSALUD S.A. "...diciendo hacer uso de sus facultades legales y estatutarias, mencionando sólamente el artículo 54 del Acuerdo No. 18 de 1991 originario del Consejo Directivo de la Empresa".

c.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de la 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. 14 a 19 y 125 a 129):

Primer cargo.- Violación de los incisos tercero y cuarto del artículo 336 de la Constitución, los cuales señalan que "La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio fijado por la ley de iniciativa gubernamental" y que "Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud", y del artículo 43 de la Ley 10 de 1990,

que establece como sistema de asignación de los recursos con destino a la salud el de porcentajes, pues el acto acusado, so pretexto de certificar la viabilidad económica de las solicitudes de permiso para explotar unas modalidades de juegos de suerte y azar, cambió dicho sistema porcentual, fijado por la Ley, por el de un valor absoluto y cierto, con incrementos condicionados a la variable poblacional de los municipios, a la variación anual del índice de precios del DANE, y a los bienes o elementos de juego que explote el operador.

En efecto, si partiendo de una base mínima mensual del 14% la citada norma legal distribuye porcentualmente, previas deducciones, el producto de las ventas netas con ese sistema, ello significa que "... el legislador imprimió el criterio según el cual, lo mejor para asegurarle recursos a la salud, obtenidos esos recursos del incierto mercado de los juegos de suerte y azar, sería mediante el mecanismo de asignación de un porcentaje mínimo; no creyó el legislador en el sistema de un valor mínimo absoluto y cierto para desestimarlo como recurso al cometido social de la salud; tampoco creyó el legislador en asegurar el crecimiento de ese valor absoluto mínimo y cierto, con el crecimiento anual del índice de precios. El legislador de 1990 cree, y así se halla expuesto en el artículo 43 de la Ley 10, que en el mercado de los Juegos de suerte y azar se podrán obtener recursos con destino a la salud, si su asignación se realiza con una cifra mínima cuantificable porcentualmente".

De otra parte, el cometido del inciso cuarto del artículo 336 de la Carta "... es disminuído porque, al ser establecido legalmente un sistema flexible de asignación de recursos para la salud, o sea que ese 14% mínimo mensual dependa del total indeterminado de ingresos obtenidos, ese sistema garantiza de mejor forma la destinación exclusiva de los recursos a los servicios de salud. Si bien mediante el sistema de asignar un valor mínimo absoluto de los recursos a los servicios de salud, no se aleja expresamente del cometido, si lo hace indirectamente al determinar un sistema de asignación presupuestal que se convierte en obstáculo para alcanzar unos recursos que el legislador garantiza por conducto de otra forma de asignación".

Si bien el acto demandado no efectúa una distribución directa de recursos, pues lo regulado se refiere a unos presupuestos financieros para otorgar los permisos de explotación que se concederán a los particulares, si lo hace de manera indirecta, pues al hacer uso de esos presupuestos compromete el modelo de distribución futura de esos recursos.

Como quiera que el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 "... adoptó una estrategia administrativa para el mercadeo de los juegos de suerte y azar, que de ese forma se constituye en una estrategia comercial, que le es típica a todo monopolio público o privado", no le es dado a ECOSALUD S.A. introducir una

estrategia financiera diferente a la diseñada por dicha norma legal, cuyos destinatarios son la empresa y sus potenciales clientes comerciales. Por esta razón, "... resulta extraño que por conducto de un acto inferior se doblegue a los terceros a someterse a un régimen distinto al contemplado por la Ley 10-90".

Segundo cargo.- Violación del inciso tercero del artículo 336 de la Constitución, pues, como ya se analizó, la materia regulada por el auto que se acusa ya lo había sido, en otro sentido del cual se aparta para violarlo, por el legislador, y de los artículos 1o., 113, 121, 122 y 150-7 *ibídem*, pues ECOSALUD S.A. como parte del Ejecutivo ejerció un atribución de otro órgano del Estado (art. 121), lo cual desquicia la distribución de competencias (art. 113), compromete la organización del Estado en su aspecto funcional (art. 122), quebranta el principio del Estado Social de Derecho (art. 1o.) y, "Si es al legislador a quien compete la determinación de la estructura de la administración nacional (*ibd.*, artículo 150-7), y es a ese mismo órgano representativo a quien se le atribuyó la función de establecer los elementos administrativos y organizativos de la empresa operaria del monopolio rentístico de los Juegos de suerte y azar (artículo Constitucional 336 citado), mal puede ECOSALUD S.A., beneficiaria de la operación del monopolio, pretender modificar la forma de asignación y de distribución de los recursos ya precisados por la ley sin alterar un sector de la organización del Estado".

d.- **Las razones de la defensa**

En el escrito de contestación de la demanda (fls. 103 a 108) Y en el alegato de conclusión (fls. 143 a 147), la parte demandada (Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. "ECOSALUD S.A.") expresa los argumentos que se resumen a continuación:

En relación con el primer cargo.- No asiste razón al accionante, pues si bien es cierto que la base porcentual de distribución de los recursos, fijada por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, debe ser respetada por cualquier desarrollo jurídico posterior, como efectivamente lo ha hecho ECOSALUD S.A., esa materia distinta a la determinación de unas bases mínimas establecidas como presupuesto para considerar económicamente viable una actividad, de las muchas que dicha empresa administra. Es decir, mediante el acto acusado no se afecta la distribución de recursos ordenada por la Ley 10 de 1990, sino se señala "... un parámetro de estudio económico de una solicitud de autorización para explotar un juego o apuesta de los que administra y, con posterioridad, en las condiciones y tiempo establecidos por el Consejo Directivo en armonía con lo ordenado por la ley, dé aplicación a los recursos así obtenidos".En consecuencia, "...una cosa la constituye la destinación o distribución ulterior

que la empresa está obligada a hacer con todos sus recursos y otra bien diferente es la fijación de un parámetro de sustentabilidad económica de una propuesta cualquiera para explotar una modalidad de Juego o apuesta de suerte o azar".

En el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 nada se dice sobre las estrategias comerciales y económicas de cada juego o apuesta en particular, tampoco se fijan los requisitos, trámites y exigencias que la futura empresa debiera consultar sobre la operación de los mismos, y, mucho menos, se establecen los mínimos de sustentabilidad económica de ellos, en punto a la no proliferación irracional de juegos de suerte y azar.

En conclusión, el acto acusado no guarda relación alguna con la aplicación ulterior de los recursos de ECOSALUD S.A. (como oportunamente lo advirtió el Consejo de Estado en el auto admisorio de la demanda), la cual se efectúa de acuerdo con los términos del artículo 43 de la Ley 10 de 1990 y con sujeción a la fórmula adoptada por el Consejo Directivo de la Empresa, de conformidad con la facultad otorgada por la misma norma legal.

En relación con el segundo cargo.- Como quiera que este cargo se basa en la prosperidad del primero y que, conforme a lo atrás razonado, dicha acusación carece de fundamento, la parte demandada manifiesta remitirse a los argumentos allí expresados.

e.- **La actuación surtida**

A la demanda se le dió el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 12 de marzo de 1993 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 26 a 32).

Mediante providencia de 21 de mayo de 1993 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las documentales, oportunamente allegadas por las partes.

Dentro del término concedido para alegar de conclusión (fls. 123), las partes y el Ministerio Público hicieron uso de este derecho.

SECCION PRIMERA

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación considera que el acto acusado no incurre en violación del ordenamiento jurídico invocado en la demanda, por las razones que se resumen a continuación:

De la lectura del artículo 43 de la Ley 10 de 1990 y de su confrontación con el acto acusado se advierte que ellas tratan materias diferentes, como quiera que mientras la primera se refiere a la participación de los fondos locales de salud en el producto de ECOSALUD S.A., la segunda señala los criterios a tener en cuenta para certificar la viabilidad económica de las solicitudes de permiso de explotación de los juegos intermedios y menores, como requisito mínimo para su autorización.

De otra parte, cabe señalar que el Decreto 2433 de 1991, reglamentario de la mencionada norma legal, autoriza a ECOSALUD para 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 y le atribuye las funciones de fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar y de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para dicha explotación, u otorgar a tales personas permiso para su explotación.

Finalmente, mediante Acuerdo 18 de septiembre de 1991, ECOSALUD S.A. tiene regulado el trámite a seguir para la explotación de modalidades de juegos y apuestas de suerte y azar a través de terceros.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- Como marco de referencia para el correspondiente análisis, la Sala procede a transcribir, el texto del artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

> "ARTICULO 43°.- **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.
>
> "Los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad no podrán ser superiores al 15% de las ventas netas.

"El producto resultante de las ventas netas menos el valor de los premios pagados, menos el porcentaje máximo señalado para costos y gastos más otras utilidades de la empresa, se distribuirá en la siguiente forma:

"1. 10% para el pago de prestaciones sociales de los trabajadores de la salud, en la forma y la destinación específica en que lo determine el Ministerio de Salud, durante los primeros cinco años de funcionamiento de la sociedad.

"2. 40% para distribuir entre los municipios, en proporción directa a las ventas que se ejecuten en su territorio, que se elevará al 50% una vez transcurridos los cinco años previstos en el numeral anterior.

"3. 50% como mínimo, para distribuir entre todos los municipios del país, en proporción directa a su población, y en proporción inversa a su desarrollo socieconómico, según fórmula aprobada por su junta directiva.

"Parágrafo 1o. Los pagos por concepto de participación en el producto de la empresa, no serán nunca inferiores al 14% de las ventas mensuales, y se girarán a los fondos locales de salud con esa periodicidad.

"Parágrafo 2o. El producto resultante de las apuestas en juegos deportivos, organizados por la empresa que se autoriza en el artículo 43, se distribuirá en la siguiente forma: 40% para los Servicios Locales de Salud, 40% para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el 20% para Coldeportes".

Del correspondiente estudio del cargo, la Sala encuentra que la censura del accionante consiste, esencialmente, en que las cifras ciertas, con determinados incrementos anuales, que establece el acto acusado como base mínima mensual por establecimiento que pretenda explotar los juegos intermedios y menores, a efecto de certificar sobre la viabilidad económica de las solicitudes de permiso, implican un desconocimiento del sistema porcentual establecido por la ley para calcular los recursos destinados a la salud pues ello conduce a una variación del 14% fijado en el parágrafo 1o. del artículo 43 de la Ley 10 de 1990 como pago mínimo por concepto de participación.

La anterior censura no es de recibo para la Sala, por lo siguiente:

1o.- Porque los valores ciertos y mínimos que determina el acto acusado, no tienen otra finalidad que sentar las bases para realizar el estudio de la viabilidad económica de las solicitudes de permiso para la explotación de los juegos intermedios y menores de suerte y azar, sin que, ello pueda significar que los titulares de dichos permisos deban aportar mensualmente al sector salud tales

valores, pues el pago que a ellos les corresponde realizar por concepto de participación en el producto de la empresa deberá calcularse, conforme lo dispone el parágrafo 1o. del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, sobre una base "... nunca inferior al 14% de las ventas mensuales". Es decir, que luego de otorgado un permiso, sus titulares están en la obligación legal de pagar por concepto de participaciones una suma no inferior al 14% de las ventas, cualesquiera que sea su monto, sin que para ello tengan relevancia los valores que establece el acto acusado.

2o.- Porque la precedente consideración lleva a la Sala a concluir que los valores, determinados o determinables, de que da cuenta el acto acusado no guardan relación alguna con el mencionado porcentaje mínimo del 14% ni con la distribución porcentual que regula el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 y que, por tal razón, los recursos destinados a la salud no sufren mengua ni variación a consecuencia de lo dispuesto por la Resolución No. 207 de 1992, demandada.

En relación con el segundo cargo.- Dado que las violaciones normativas que en él se alegan se hacen depender de la prosperidad del primer cargo, y no habiendo éste prosperado, la consecuencia necesaria es la no prosperidad de este segundo cargo.

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 de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Devúelvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme este fallo, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sus sesión de fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REGISTRO DE MARCA / PRODUCTO FARMACEUTICO / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

No aparece muy claro, como la utilización de una denominación genérica de un producto farmacéutico pueda inducir a engaño al público mientras no se compruebe que se está falseando el nombre del mismo o que se le están atribuyendo virtudes curativas que no coinciden con las perseguidas por su farmacopea. Ahora, en relación con la utilización de esa sustancia por otras empresas o laboratorios, entre ellos, el demandante habría que analizar cuál es el límite de identificación esencial de los productos que la tienen como base, quiénes poseen el derecho del primer registro, qué oportunidades y recursos se tuvieron a disposición para combatir el engaño y la confusión que ahora se aleja y otra serie de circunstancias, que darían la base para valorar la agresión a la norma transcrita que por ahora parece tan incierta restándole a la acusación la posibilidad de prosperar pues, según la exigencia de la norma que regula la suspensión provisional, la violación debe ser manifiesta, vale decir, clara, nítida, fácilmente inteligible. No se demuestra que la etiqueta o marca de fábrica no sea novedosa, ni visible, ni suficientemente distintiva, o que no sea susceptible de representación gráfica. Y que dicho signo o marca sea capaz o no de distinguir en el mercado los productos o servicio producidos o comercializados por su poseedor frente a los productos o servicios producidos o comercializados por otra persona, no se alcanza a vislumbrar todavía. Encontrándose el proceso apenas en su etapa inicial y tratándose de la marca de un producto que involucra connotaciones de tipo científico dentro de la industria y la química farmacéutica, su verdadera identidad será conocida mediante el debate procesal y las pruebas que se aporten.

SECCION PRIMERA

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres(1993).

Consejero Ponente: *Dr Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2535. AUTORIDADES NACIONALES Actora: SOCIEDAD LABORATORIOS ASOMECO LTDA.

El actor de la referencia, ha demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho la resolución No. 06473 del 25 de julio de 1988, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio,división de propiedad industrial, por la cual se concede el registro de la marca "Gamabenceno".

La demanda, en concordancia con la providencia de la Sala fechada el pasado 4 de octubre, será admitida. Seguidamente se estudiará lo concerniente a la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

En escrito aparte de la demanda, se solicita a esta Corporación, que "se sirva decretar la SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución No.06473 del 25 de julio de 1988, Certificado No. 122.450 de la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad industrial, por medio de la cual se otorgó el Registro de la marca "GAMABENCENO, etiq.", en favor de Laboratorios Bussié S.A.,..."

Estas son las normas que se consideran agredidas en la sustentación de suspensión provisional pedida por la demandante:

El artículo 454 de la Ley 09 de 1979; los artículos, 51, 52, 51 parágrafo y 56 del Decreto 2092 de 1986; Decreto 1190 de 1978; Decisiones 85 y 313 de 1992 del Acuerdo de Cartagena, en sus artículo 56 y ss. y 71 y ss., respectivamente. Así también las siguientes normas constitucionales: artículos 13, 15, 25, 29, 49, 58, 83 y 95.

En cuanto a la primera de las normas citadas, en la que se ordena que "El Ministerio de Desarrollo no podrá registrar una marca de producto farmacéutico sin informe previo permisible del Ministerio de Salud sobre su aceptación", dice la sociedad peticionaria que la Super Intendencia no solicitó concepto obligatorio al Ministerio de Salud acerca del nombre del producto cuya marca se solicitaba, por ser un producto farmacéutico, infringiendo directamente el artículo 454 de la ley 09 de 1979.No obstante, en este caso la manifiesta violación estaría supeditada a un medio de prueba que por ahora no aparece en el expediente o mejor, a la existencia o no de un hecho por probarse.

Del acto demandado no se puede deducir la omisión señalada y, no siendo más lo dicho al respecto por la solicitante, no se puede dar por violada, por ahora, dicha norma.

Esta atestación se hace para los efectos de la suspensión provisional, la decisión final, como es obvio, estará supeditada a lo que se demuestre dentro del proceso que se inicia.

El artículo 51 del Decreto 2092 de 1986, reza en la parte pertinente citada por la actora:

> "DE LOS NOMBRES DE LOS MEDICAMENTOS.- A partir de la vigencia del presente decreto, los nombres de los medicamentos deberán ajustarse a términos de moderación científica y, por lo tanto, no serán admitidas, en ningún caso, las denominaciones que estén dentro de las siguientes circunstancias:
>
> "a) Las que induzcan a engaño ...
>
> "b) Las que se presten a confusión con los nombres de otros productos....".

Alega el memorialista que "El registro de la marca "GAMABENCENO, Etiq.", ha infringido esta norma por cuanto ES PARTE DE UNA DENOMINACION GENERICA e induce a engaño al público, por cuanto otros comerciantes farmacéutas, entre estos mi cliente, Laboratorios Colmed, Laboratorios Blanco Pharma, etc., utilizan esta substancia para vender, fabricar y comercializar sus productos llamados "GAMABENCENO HEXACLORURO", es decir, comercializados libremente bajo su denominación GENERICA".

No aparece muy claro, estima la Sala, cómo la utilización de una denominación genérica de un producto farmacéutico pueda inducir a engaño al público mientras no se compruebe que se está falseando el nombre mismo o que se le están atribuyendo virtudes curativas que no coinciden con las perseguidas por su farmacopea. Ahora, en relación con la utilización de esa substancia por otras empresas o laboratorios, entre ellos, el demandante habría que analizar cuál es el límite de identificación esencial de los productos que la tienen como base, quiénes poseen el derecho del primer registro, qué oportunidades y recursos se tuvieron a disposición para combatir el engaño y la confusión que ahora se alega y otra serie de circunstancias que darían la base para valorar la agresión a la norma transcrita que por ahora parece tan incierta restándole a la acusación la posibilidad de prosperar pues, según la exigencia

de la norma que regula la suspensión provisional, la violación debe ser manifiesta, vale decir, clara, nítida, fácilmente inteligible.

Se afirma en la solicitud que también fué infringido el artículo 52 de ese mismo estatuto. Su texto dice:

> "El registro de marcas para productos farmacéuticos, deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 454 de la Ley 09 de 1979".

Habiéndose ya analizado ab initio de estas consideraciones la acusada violación del artículo 454 de la Ley 09 de 1979 y habiéndose concluido que, en principio, no podía darse por violada dicha norma, es de lógica concluir que no lo es tampoco el artículo 52 transcrito, dada su tautológica correspondencia.

Acusa la actora como principal, escandalosa y descarada la violación de los artículos 51, parágrafo y 56 del Decreto 2092 de 1986. El primero, según el escrito, dice:

> "Los casos de duda en relación con lo señalado en este artículo, serán resueltos por la COMISION REVISORA DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS cuyas resoluciones son de obligatorio cumplimiento...".

Sobre este particular debe decirse, siguiendo la línea demarcada por la peticionaria, que el "descaro" no está propiamente en la hipotética violación. La norma que se acaba de transcribir aparece corregida y aumentada por la señora apoderada de la parte actora. El texto original no lleva expresiones resaltadas en mayúsculas y tampoco habla de "resoluciones de obligatorio cumplimiento". Su auténtico tenor es el siguiente:

> Decreto 2092 de 1986, artículo 51.
>
> "Parágrafo 2. Los casos de duda en relación con lo señalado en este artículo, serán resueltos por la Comisión Revisora de Productos Farmacéuticos".

Es de anotarse entonces que, aparte del texto falseado, al limitarse la intervención de esa comisión revisora, a "los casos de duda", no aparece la pregonada violación puesto que la existencia de la duda no está demostrada y ni siquiera sugerida en el acto demandado. Similar consideración debe extenderse al literal c) del artículo 56, *ibídem*, que remite el concepto de la comisión, exclusivamente, a los asuntos "que sean sometidos a su consideración".

Por otra parte, dice la peticionaria, en sustento de lo que alega, que adjunta a la demanda el "Documento No. 14". Tal "documento", visible a folios 36 y 37 de el expediente, consiste en fotocopias de dos oficios firmados por la Jefe de la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos del Ministerio de Salud, en los cuales se comunica que se ha ordenado el decomiso del producto "GAMABENCENO CHAMPU", cuya relación con los artículos que se están analizando es más bien extraña.

En conclusión, no es tampoco manifiesta la violación de estas normas del Decreto 2092 de 1986, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 09 de 1979.

Estima la demandante que hay "violación de bulto del Decreto 1190 de 1978, reglamentario de la Ley 09 de 1979, cuando ORDENA que "en tratándose de registro de marca de productos farmacéuticos, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá efectuar un EXAMEN DE FONDO a la solicitud...". Dentro del expediente 245345. por medio del cual se tramita la solicitud de la marca "GAMABENCENO", no aparece siquiera medianamente motivada la providencia por medio de la cual se concede ese registro. Mucho menos aparece que ese examen de fondo se hubiera dado".

Sobre este punto la Sala no hará comentario alguno tendiente a la consideración de la suspensión provisional dado que la violación de bulto vista por la accionante resulta ser un imposible jurídico. La prescripción que ella cita entre comillas parece ser producto, otra vez, de su creativa imaginación pues ni el Decreto 1190 de 1978 es reglamentario de la Ley 09 de 1979 ni se encuentra en todo el articulado del mismo una norma que diga lo que la profesional le atribuye.

Seguidamente, se insinúa en el memorial, la violación de los artículos 56 y siguientes y 71 y siguientes de las Decisiones 85 y 313 de 1992 del Acuerdo de Cartagena, en cuanto señalan la, "imposibilidad del registro atacado, pues es primeramente violatorio del orden público preestablecido, de las buenas costumbres ...".

El artículo 56 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, dice textualmente:

> "Podrán registrarse como marca de fábrica o de servicios los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos".

El artículo 71 de la decisión 313 del Acuerdo de Cartagena, dice textualmente:

"Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

"Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios o similares de otra persona".

No se ve, y no lo demuestra la peticionaria en su parca explicación al solicitar la suspensión provisional del acto demandado, cómo el registro atacado, y por ende, la resolución que lo autorizó puedan infringir en forma manifiesta estas normas. No se demuestra que la etiqueta o marca de fábrica no sea novedosa, ni visible ni suficientemente distintiva, o que no sea susceptible de representación gráfica. Y que dicho signo o marca sea capaz o no de distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por su poseedor frente a los productos o servicios producidos o comercializados por otra persona, no se alcanza a vislumbrar todavía. Encontrándose el proceso en su etapa inicial y tratándose de la marca de un producto que involucra connotaciones de tipo científico dentro de la industria de química farmacéutica, su verdadera identidad será conocida mediante el debate procesal y las pruebas que se aporten.

Sobre la expresión "y siguientes" empleada por la libelista al citar los artículos que se han transcrito, estima la Sala que no es atendible en una petición que requiere precisión y seriedad en las citas de las disposiciones señaladas como violadas, constituyendo la citación *ad infinitum* un desacato a lo establecido en los artículos 137 numeral 4) y 152 del Código Contencioso Administrativo.

Concretando, no se demuestra la violación de las normas del Acuerdo de Cartagena citadas en la sustentación de la solicitud de suspensión provisional.

Por último, sostiene la peticionaria que "con la infracción "de plano" (sic) dada y someramente señalada, pues el análisis amplio lo hago en el libelo, se infringieron normas constitucionales, tales como:..."

Cita a continuación una serie de normas de la Constitución de 1991 sin entrar a explicar cómo un acto expedido en 1988 pueda haberse dictado contraviniendo normas superiores que fueron promulgadas tres años más tarde.

Esa sola circunstancia resta a la petición toda posibilidad de ser procedente, según las específicas prescripciones del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, regulador de la institución de la suspensión provisional de los actos administrativos.

Las anteriores consideraciones conducen a la conclusión de que no se debe acceder a la petición analizada.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo,

R E S U E L V E:

1o. **ADMITIR** la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución número 06473 del 25 de julio de 1988, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese a los señores Superintendente de la Industria y Comercio y representante legal de Laboratorios Bussie S. A., hoy Laboratorios Bussie, Bustillo y Cía. S. C. A., en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copias de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) La parte demandante deberá depositar, dentro del término de cinco (5) días, la suma de DIEZ MIL PESOS ($10.000.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 puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a la Superintendencia de Industria y Comercio el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o. **DENEGAR** la suspensión provisional de la Resolución acusada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

FONDO NACIONAL DE BIENESTAR SOCIAL - Supresión / SUPRESION DE EMPLEOS / GOBIERNO NACIONAL - Facultades INTERÉS PUBLICO / PREVALENCIA DEL INTERES PUBLICO / DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia

Las facultades de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el artículo transitorio 20, llevan ínsita la de supresión de cargos o empleos. El Gobierno Nacional, como legislador transitorio, podía consagrar como causal de retiro la supresión de cargos o empleos, derivada de la decisión de reestructuración, fusión o supresión de la entidad. Cuando la aplicación del principio de la prevalencia del interés general se trata, no puede hablarse de derecho adquirido a permanecer en un cargo o empleo o que en virtud de la inscripción en carrera administrativa se consolide un derecho a no ser desvinculado del mismo, pues ello impediría la finalidad, propuesta por el Constituyente en la norma transitoria de poner en consonancia las entidades del Estado con los mandatos de la nueva normatividad constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece. La consecuencia lógica de la supresión de una entidad es la liquidación de la misma. Ello significa que teniendo el Gobierno la atribución de suprimir, como en este caso, un establecimiento público del orden nacional: el Fondo Nacional de Bienestar Social, estaba facultado para disponer lo concerniente al proceso liquidatorio, dentro del cual deben fijarse las directrices o pautas necesarias sobre le futuro y destinación de los bienes que conformaban la entidad.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia : Expediente No. 2400. Acción. Nulidad. Actor: REYNALDO JOSE APONTE ENCISO.

El ciudadano REYNALDO JOSE APONTE ENCISO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a que se declare la nulidad de los artículos 1 a 23 y 25 del Decreto No. 2170 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se suprime el Fondo Nacional de Bienestar Social", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. *CAUSA PETENDI*

En apoyo de su pretensión aduce el actor la violación de los artículos 1o., 2o., 4o., 7o., 5o., 13, 25, 38, 39, 55, 58, 123, 125, 150 numerales 7o. y 9o, 189 numerales 14 a 16, 209, 345, 346 inciso 2o. 347, 20 y 21 transitorios de la Constitución Política.

La violación alegada la sustenta, en síntesis, así:

PRIMER CARGO:

El artículo 1o. del Decreto 2170 de 1992 prolongó arbitrariamente hasta el 31 de diciembre de 1993 y delegó en el liquidador las atribuciones para "modernizar" el Fondo Nacional de Bienestar Social, violando así los artículos 4o. y 20 transitorio de la Constitución.

Además, la norma transitoria no le dió facultad al Gobierno para crear, fusionar o suprimir empleos; atacar la estabilidad laboral ingeniándose nuevas formas de retiro; ni para modificar el régimen salarial, prestaciones y disciplinario de los empleados de la entidad, lo cual transgrede también los artículos 23, 53, 55, 58, 122, 124, 125, 150 numeral 19 literales e) y f), 189 numeral 14 y 215 de la Carta Fundamental.

La modernización de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la nueva Constitución y omitió las evaluaciones de la Comisión Asesora del Gobierno infringiendo así los artículos 1o., 2o., 4o. y 20 transitorio.

SECCION PRIMERA

SEGUNDO CARGO:

Los artículos 1o. a 6o. y 17 del Decreto 2170 de 1992 violan el artículo 150 numeral 9o. de la Carta, por cuanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo transitorio 20 *ibídem,* no se vislumbra la facultad liquidadora que sutilmente utilizó el Gobierno contrariando el memorando de 2 de diciembre de 1992, emanado de la Comisión Evaluadora, en el que se expresa que los proyectos glosados además de inconstitucionales son inconvenientes porque en el régimen constitucional del Estado Social de Derecho entidades y organizaciones que tengan por objeto el bienestar de los servidores públicos no pueden suprimirse sino incrementarse con creces.

TERCER CARGO:

El Decreto acusado viola los artículos 209, 345, 346 inciso 2o., 347 y 374 de la Constitución Política.

En efecto, en dicho Decreto no se cumplen los principios enunciados en el artículo 209, pues tal cumplimiento esta supeditado a la Constitución y a la ley y no puede implicar la violación de otros consagrados en la ley como la carrera administrativa y el derecho al trabajo. Esto en concordancia con los artículos 25, 125, 93 y 94 de la Carta Fundamental.

Así mismo el artículo 8o. del Decreto 2170 de 1992 viola el artículo 345 por cuanto crea un gasto público disfrazado de operación y traslados, diferentes a las partidas presupuestales señaladas en la respectiva ley de presupuesto, ya que no se cumple con el fin descentralizador que se promueve, en especial en lo concerniente a las indemnizaciones establecidas, pues el Decreto tiene una destinación diferente a la de reestructurar, afectando derechos de los empleados públicos consagrados constitucionalmente.

Se vulnera el artículo 346 ya que en el Decreto *sub examine* se contemplan gastos no reconocidos en la ley anterior, usurpando así la potestad del legislador para organizar y aprobar el gasto público en beneficio común.

Se quebranta el artículo 347 por cuanto el gasto no está contemplado en la vigencia 1992-1993 ya que si el Estado pretendía realizar gastos "extras" debió incluirlos en las respectivas instituciones y no contribuir así al desequilibrio en el gesto social del país.

Se infringe el artículo 374 pues el Decreto acusado desconoce privilegios de competencia exclusiva de legislador, como son los de disponer de los bienes

de la Nación en la forma más transparente posible y haciendo de la administración de los mismos una gestión sujeta a la ley.

CUARTO CARGO:

Los artículos 10 a 15 del acto acusado que consagran el procedimiento para la supresión de empleos mediante un programa, las bonificaciones e indemnizaciones de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos pertenecientes al establecimiento público que se suprime, violan los artículos 1o., 2o., 4o., 7o., 8o., 38 y 39 de la Constitución Política, porque:

a): La Corte Constitucional en sentencia de 13 de agosto de 1992 consagra que el trabajo desde la reforma constitucional de 1936, y con mayor énfasis a partir de la Carta de 1991, es uno de los elementos esenciales de la estructura de las instituciones colombianas a cuya protección y promoción están destinadas no pocas de sus disposiciones;

b): Las normas enunciadas constituyen una flagrante violación de las disposiciones constitucionales mencionadas pues desconocen situaciones laborales anteriores y derechos adquiridos, generando así inestabilidad en los cargos, atacando la carrera administrativa, en detrimento de la eficiencia de la función pública y menos cavando el fin social que debe prestar el Estado;

c): El Gobierno reformó la Ley 27 de 1992 al crear dos nuevos sistemas de retiro de la carrera administrativa: retiro con bonificación y con indemnización, lo cual desconoce pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional;

d): El Decreto transgrede los artículos 1o. y 52 de la Constitución Política en cuanto pretende acabar con la realización del derecho social, la recreación de los servidores públicos, la práctica de actividades sanas, el ejercicio del deporte y el aprovechamiento óptimo del tiempo libre.

QUINTO CARGO:

Los artículos 17 a 23 y 25 del Decreto acusado violan los artículos 16 a 19 y 21 transitorio de la Constitución Política pues al consignar las indemnizaciones y pensiones que se pagarán a los presuntos titulares lesionan los postulados de la justicia, igualdad y libertad propios de un Estado de Derecho.

SECCION PRIMERA

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.

II.1-. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El Fondo Nacional de Bienestar Social, en liquidación, a través de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma y aduciendo el efecto, en esencia, lo siguiente:

1o): En cumplimiento de la facultad de suprimir que le otorgó al Gobierno Nacional el artículo transitorio 20 fué que éste decidió fenecer la existencia jurídica del Fondo Nacional de Bienestar Social, adentrándolo a partir del 30 de diciembre de 1992 en un proceso de liquidación que deberá concluir a más tardar el 31 de diciembre de 1993. Esta disposición no puede cumplirse en un solo momento ni con un solo acto.

Existen tres momentos en el camino de la modernización que ordena el artículo transitorio 20 de la Carta: un primer momento político, a cargo de la Asamblea Constituyente, quien tomó la decisión política de adoptar la forma de organización estatal, señalando unos cometidos o propósitos a cumplir; un segundo momento de actuación legislativa a cargo del Gobierno Nacional para adecuar la estructura administrativa a las nuevas competencias y recursos, buscando la actualización y realización de las finalidades del Estado suprimiendo, fusionando o reestructurando las entidades relacionadas en el artículo transitorio 20; y un tercer momento, de ejecución del anterior, a través de la adopción de medidas de carácter administrativo a cargo de las autoridades competentes.

Las medidas de liquidación del Fondo Nacional de Bienestar Social corresponden a este tercer momento y son una consecuencia lógica del primero.

2o): El trabajo en su doble condición, derecho y obligación, tiene doble posición: como derecho, es un atributo inherente a la persona humana; y como obligación, es una consecuencia del Estado Social de Derecho.

En ningún derecho como en el del trabajo se observa tan claramente la primacía del interés general. De conformidad con el Preámbulo, el trabajo se asegura dentro de un marco Jurídico democrático y participativo para obtener un orden político, económico y social justo. Es decir, el trabajo solamente está asegurado por el orden jurídico en la medida en que contribuya a la obtención de un orden social justo.

La Corte Constitucional al fallar las acciones de tutela presentadas por los vendedores ambulantes contra las órdenes de los Alcaldes que prohíben el comercio callejero ha conceptuado que el trabajo en su doble condición de "derecho - deber", no es absoluto, por lo cual en su interpretación y análisis han de tenerse siempre en cuenta las exigencias y demandas solidarias y la primacía del interés general.

El derecho al trabajo no puede confundirse con el derecho al empleo, que es una modalidad subordinada y dependiente de aquél. El empleo es fruto de un convenio. La relación laboral, como relación contractual que es, puede terminaras como todo contrato, y cuando ello ocurre el trabajador queda desempleado, pero de ninguna manera se le ha conculcado su derecho al trabajo.

Si se confunde el derecho al trabajo y el derecho al empleo, ningún contrato podría terminar pues ello implicaría violación del primero.

Al Estado no le corresponde por mandato constitucional o legal ofrecer directamente empleo sino entrar a proteger el derecho al trabajo y a garantizar a los empleados un trabajo digno y justo.

La desvinculación de los trabajadores oficiales se atiene a lo dispuesto por el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 que señala como causal de terminación de los contratos de trabajo la liquidación definitiva de la empresa.

La desvinculación de los empleados públicos, cuando se trate de liquidación de empresas, conforma a los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia de inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, procede así: el retiro de los funcionarios de carrera debe efectuarse mediante la supresión del empleo, sin que esto obste para que se paguen indemnizaciones como forma de resarcir el daño; el retiro de los funcionarios de libre nombramiento y remoción procede mediante la declaratoria de insubsistencia, no existiendo causa para el pago de indemnización alguna, o mediante supresión del empleo no siendo inconstitucional el de las indemnizaciones.

3o): Respecto de la violación de los artículos 1o. y 52 de la Constitución, vale decir que no es cierto que el Estado se desprende de la obligación constitucional allí consagrada pues la labor de fomento de las actividades reseñadas en el artículo 52 de la Carta será asumida en adelante por el Departamento Administrativo de la Función Pública y así lo prevé el Decreto 2170 cuando consagra que los bienes, derechos y obligaciones del Fondo pasarán a esa entidad.

4o): En lo que respecta a las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora, ello no implica una obligación, sino, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, éstas han de interpretaras como una forma de colaboración armónica y como un expediente para buscar un mayor acierto y nó para dejar en manos de terceros interesados la tarea legislativa. Además, la expresión "tener en cuenta" no significa acoger.

II.2-. En la etapa de alegatos la demandante no hizo uso de su derecho, no así la parte demandada, quien ratificó los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda.

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 que no se acceda a las pretensiones de la demanda, apoyándose en lo expresado en el fallo de esta Corporación de 9 de septiembre del presente año, expediente No. 2309, ponente doctor Miguel González Rodríguez, por cuanto la función excepcional transitoria dada al Gobierno en el artículo transitorio 20 es de naturaleza legislativa y una vez adoptada ésta correspondía a la Junta o Consejo Directivo de la entidad su implementación o desarrollo, como una función propia y permanente de origen legal que ella tiene.

Además es inherente a la facultad de suprimir o fusionar una entidad la de suprimir empleos, y en cuanto a los derechos de los empleados de carrera administrativa no van más allá de los previstos en las normas legales vigentes para el caso concreto, y si el Gobierno tenía la competencia para suprimir el ente administrativo, como consecuencia lógica tenía la de proveer sobre su liquidación.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Respecto de las censuras que plantea el actor al Decreto 2170 de 1992, la Sala estima lo siguiente:

1-. En cuanto al primer cargo, relativo al señalamiento del el plazo hasta 31 de diciembre de 1993 para efectos de liquidación del establecimiento público que se suprime, cabe advertir que tal plazo no constituye una prórroga del termino previsto en el artículo transitorio 20, dado que la decisión de suprimir el Fondo Nacional de Bienestar Social adoptada en el Decreto *sub judice* lo fué dentro del plazo a que alude la norma transitoria, lo cual se deduce de la fecha de expedición del mismo: 30 de diciembre de 1992.

Aspecto diferente se el relativo a la liquidación, pues esta es una etapa administrativa subsiguiente, que no ostenta por lo mismo la naturaleza legislativa de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional para ejercer las facultades de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades qué en ella se mencionan.

2-. En cuanto a las censuras que lo formula el actor al acto acusado en los cargos primero, tercero, y cuarto, de ser violatorio de las normas constitucionales que allí se precisan por cuanto desconoce los derechos laborales al suprimir cargos o empleos, sin competencia para ello, la Sala observa que no tienen vocación de prosperidad. En efecto, reiteradamente esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos en la sentencia de 9 de septiembre de 1993 (expediente No. 2309, Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez), ha manifestado que las facultades de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el artículo transitorio 20, llevan ínaita la de supresión de cargos o empleos, por lo cual ha de entenderse que cuando el Constituyente se las atribuyó al Gobierno Nacional, de antemano lo estaba autorizando para que adecuara la estructura interna y la planta de personal de la respectiva entidad a las necesidades del servicio, ello en desarrollo del principio de la primacía del interés general sobre el particular, mediando obviamente la indemnización de perjuicios que se irroguen al titular de dicho cargo o empleo que como consecuencia de la decisión adoptada resultara privado del mismo.

También ha expresado la Corporación que los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones otorgadas en el tantas veces citado artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, pues en circunstancias no excepcionales correspondo ejercitar dichas atribuciones al Congreso de la República, por mandato expreso del artículo 150 numeral 7o. de la Carta Fundamental. De tal suerte que el Gobierno Nacional, como legislador transitorio, podía consagrar como causal de retiro la supresión de cargos o empleos, derivada de la decisión de reestructuración, fusión o supresión de la entidad, lo cual armoniza con la preceptiva del artículo 125 *ibídem* que prevé como tal "... las demás causales previstas en la Constitución o la LEY" (la mayúscula es de la Sala).

De otra parte, la voluntad del Constituyente plasmada en el artículo transitorio 20 no fué otra que la de buscar a través de un ejercicio adecuado de la función pública, en donde imperen los principios de igualdad, moralidad eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la realización de los fines del Estado. Para ello, como es obvio, se debe adecuar la estructura interna de las diferentes entidades a las necesidades que demande el servicio público, lo cual puede producir como consecuencia la supresión de cargos o empleos, en aras de hacer prevalecer el interés general que informa el Estado Social de Derecho.

Así lo interpretó la Corte Constitucional el pronunciarse sobre la inexequibilidad de algunas normas del Decreto 1660 de 1991, cuando 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 lo 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 forza tal que garantice niveles óptimos de rendimiento..."
>
> "...Para hacerlo, el Gobierno dispone, entro otros instrumentos, de las atribuciones que lo otorga el artículo Transitorio 20 de la Constitución Política..."
>
> "...De allí que, si fuero necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimino el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo Transitorio 20 de le 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"

Vale la pena resaltar, y así lo admitió la Sala en la sentencia tantas veces citada, que cuando de la aplicación del de la prevalencia del interés general se trata, no puede hablaras de derecho adquirido a permanecer en un cargo o empleo o que en virtud de la inscripción en carrera administrativa se consolide un derecho a no ser desvinculado del mismo, pues ello impediría la finalidad propuesta por el constituyente en la norma transitoria de poner en consonancia las entidades del Estado con los mandatos de la nueva normatividad constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

3-. En lo referente al segundo cargo cabe precisar lo siguiente:

Los artículos 1o. a 6o. del Decreto acusado disponen lo concerniente al proceso de liquidación de la entidad objeto de supresión. Concretamente el artículo 5o. prevé que una vez concluida aquélla los bienes, derechos y obligaciones de la entidad pasarán a la Nación- Departamento Administrativo de la Función Pública-, y en el artículo 6o. *ibídem* se señala que los bienes

dados de baja, así como el papel inservibles, serán vendidos por las entidades públicas, para que con el producto de ella se financien programas de bienestar social para los empleados de las entidades. Considera el actor como quebrantados con las disposiciones anteriores los artículos 150 numeral 9o. y 374 de la Constitución Política, por cuanto el Gobierno no tenía la facultad liquidadora ni la de disponer de los bienes de la Nación; y contraria el memorando de 2 de diciembre de 1992, emanado de la Comisión Asesora.

Al respecto, estima la Sala lo siguiente:

a): La consecuencia lógica de la supresión de una entidad es la liquidación de la misma. Ella significa que teniendo el Gobierno la atribución de suprimir, como en este caso, un establecimiento público del orden nacional: el Fondo Nacional de Bienestar Social, estaba facultado para disponer lo concerniente al proceso liquidatorio, dentro del cual deben fijarse las directrices o pautas necesarias sobre el futuro y destinación de los bienes que conformaban la entidad.

Si, como ya se dijo, los Decretos expedidos en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley , y en el acto objeto de estudio se dispuso el traspaso de los bienes al Departamento Administrativo de la Función Pública (articulo 5o.) y la venta de los bienes inservibles (artículo 6o.), ha de entenderse que el Gobierno Nacional ha actuado de conformidad con la Ley, como lo manda el artículo 189 numeral 15 de la Carta.

b): En lo relativo a la omisión de tener en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora, la Sala se remite a lo expresado en la sentencia de 9 de septiembre de 1993, a que antes se hizo alusión, en la cual se dijo:

> "...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 aun autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría esta que no vá más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar..."

4-. En lo tocante a la censura que hace el actor en el cargo tercero al artículo 8o. del Decreto 2170 de 1992, el cual prevé que: "El Gobierno Nacional efectuará las operaciones y los traslados presupuestales que se requieran para

la cumplida ejecución del presente decreto", de ser violatorio de 105 artículos 346 y 347 de la Constitución Política, advierte la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad dado que el Gobierno Nacional, conforme lo prescribe el artículo 189 numeral 14 *ibídem*, puede crear con cargo al Tesoro obligaciones siempre y cuando no excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales, aspecto este último que no ha sido objeto de demostración en el proceso.

5-. En lo que atañe a la censura que plantea el actor en el cuarto cargo de que el acto enjuiciado es violatorio de los artículos 1o. y 52 de la Constitución Política, estima la Sala que no le asiste razón y, en consecuencia, habrá de desestimarse dicho cargo, ya que según reza el artículo 5o. del Decreto sub examine, los bienes, derechos y OBLIGACIONES de la entidad suprimida quedan a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública. Ello pone en evidencia que no se ha desconocido el derecho a la recreación de los servidores públicos, el ejercicio del deporte y el aprovechamiento óptimo del tiempo libre, pues tales actividades siguen siendo fomentadas por el Estado a través del citado Departamento administrativo, amén de que otros organismos, verbigracia Coldeportes y la Corporación Nacional de Turismo también propenden por el desarrollo de dicho cometido estatal.

6-. Finalmente, en lo que respecta a la censura que se endilga en el quinto cargo, relativa a la indemnización provista en los artículos 17 a 23 y 25 del Decreto en cuestión, estima la Sala que de ninguna manera estos artículos lesionan los postulados de justicia, igualdad y libertad a que hace alusión el actor, además de que los artículos 16 a 19 y transitorio 21 de la Carta citados como vulnerados no guardan relación con la materia en estudio, lo cual conduce indefectiblemente a la improsperidad del cargo.

Significa lo precedente, y a manera de conclusión, que deben desestimarse las súplicas del *libelo* demandatorio, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO CIVIL - Reestructuración / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA - Naturaleza / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / SUPRESION DE EMPLEOS

Por ser la facultad excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional de carácter legislativo, en razón de la materia que regula, difiere por lo mismo sustancialmente de la que consagre el artículo 189 numerales 14 a 16, que es de naturaleza administrativa. De manera pues que habida cuenta que para que el desarrollo de esta última el Gobierno Nacional no requiere de término alguno para su ejercicio por ser de carácter permanente, le basta a éste únicamente obrar conforme a la ley, y en este caso el Decreto en estudio tiene la misma fuerza o entidad normativa de ésta por lo cual bien podía aquél establecer un término para adecuar la planta de personal, término éste que se entiende circunscrito a un fin específico, esto es, a los efectos de la decisión de reestructuración, fusión o supresión que se hubiere adoptado, y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de la misma resultaren privadas de su cargo o empleo. Las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar, llevan implícita la de supresión de cargos o empleos. SE LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las expresiones "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del presente decreto" y " ... dentro de los seis.(6) meses siguientes a la fecha de vigencia del presente decreto, contenidas en los art. 24 y 27 del Decreto 2169 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

EXP. - 2451

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C. once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2451. Acción: Nulidad. Actora: MARIA CONSUELO TRUJILLO GARCIA.

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 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo del Servicio Civil", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Cita la actora como infringidos por el acto acusado, los artículos 6o.,12, 25, 48, 53, 101, 102, 122, 125, 150 numerales 7o. , 9o. y 11, 189 numerales 14 a 16 y 20, 345, 347 y Transitorio 20 de la Constitución Política.

Hace consistir el concepto de la violación, en síntesis, así:

1-. Los artículos 27 y 28 del Decreto 2169 de 1992 violan los artículos 6o. y Transitorio 20 al prorrogar en seis meses los términos, facultando al Gobierno para establecer la planta de personal dentro del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

2-. Los artículos 21 a 23 del citado Decreto son violatorios de los artículos 53 y 125 de la Carta, ya que el artículo transitorio no faculta al Gobierno para suprimir empleos sino por motivo de la reestructuración de la entidad para ponerla en consonancia con la Constitución Nacional. El trabajo es el único medio de supervivencia de los Colombianos y si se les despoja de él, ello trae gravísimas consecuencias económica, sociales, culturales y políticas.

3-. Los artículos 28 a 30 y 39 del Decreto 2169 de 1992, quebrantan los artículos 12, 48, 101, 102, 122, 150 numerales 9 y 11, 189 numerales 14 y 20, 345 y 347 de la Constitución Política, por cuanto el Gobierno no está facultado para imponer cargas al tesoro público; los despidos de los empleados públicos y escalafonados generan indemnizaciones y bonificaciones que no están presupuestados ni han sido decretados por el Congreso, Asambleas

Departamentales o Concejos Distritales o Municipales, lo cual es prohibido por el artículo 345 de la Constitución Política.

4-. El Decreto acusado viola los artículos 150 numeral 7o. y 130 de la Carta Política, ya que sustrae del Departamento Administrativo del Servicio Civil la función de administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos y la coloca en manos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, reduciendo las funciones de aquél.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 15 de julio del presente año se admitió la demanda y se decretó 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,respectivamente. en los artículos 24 y 27 del Decreto 2169 de 1992.

Del auto admisorio de la demanda se notificó la Nación Departamento Administrativo de la Función Pública, quien a través de apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo al efecto, principalmente, lo siguiente:

1-. En cuanto al primer cargo se responde: El Consejo de Estado ha expresado que "el término de 18 meses otorgado al Gobierno Nacional en el artículo Transitorio 20 de la Carta tiene carácter perentorio y precluyó el 7 de enero de 1993, por lo tanto al señalarse un tiempo mayor para llevar a cabo un programa de supresión de empleos y el establecimiento de una planta de personal, constituye una ampliación o prórroga del mismo". Dicho argumento es irreflexivo, pues en el sector central la facultad de determinar la composición de las plantas de personal es propia del Presidente de la República, según la preceptiva del artículo 189 numeral 14 de la Constitución Política, y es claro que el artículo transitorio 20 le dio facultad al Gobierno Nacional temporalmente para que cumpliera una labor propia del legislador ordinario, pues para reglar otros aspectos no requería de normas de tal jerarquía.

2-. En lo concerniente al segundo cargo se responde: No es acertada la afirmación que se hace en este cargo por cuanto las previsiones laborales del Decreto acusado son una consecuencia lógica de la reestructuración de la entidad sin que por ello se pueda decir que de esta manera el Decreto modifica íntegramente el régimen laboral de sus empleados, como tampoco desconoce las garantías que en el artículo 53 se establecen.

Del contenido del artículo 25 de la Carta se tiene que el trabajo en su doble condición de derecho y obligación resulta visto desde una doble posición. Como derecho es un atributo inherente a la persona humana y como obligación es una consecuencia del Estado Social de Derecho.

En ningún derecho como en el del trabajo la primacía del interés general se observa tan claramente.

El derecho al trabajo no puede confundirse con el derecho al empleo. Este se refiere a una modalidad subordinada y dependiente de aquél.

El empleo es fruto de un convenio; las normas que lo regulan tienden a asegurar que el empleador ofrezca condiciones dignas y justas para su empleado.

La relación laboral, como relación contractual que es, puede terminarse como todo contrato. Cuando la relación laboral termina el trabajador queda desempleado, pero de ninguna manera se le ha conculcado el derecho al trabajo.Si así fuera, ningún contrato de trabajo podría terminar, pues tal terminación implicaría la violación del derecho al trabajo.

3-. En relación con el tercer cargo se responde: El concepto de la violación expuesto no guarda relación de ninguna naturaleza con la mayoría de los artículos constitucionales, que se mencionan como violados. Por lo demás, en el acto acusado no se dio el evento a que se refieren los artículos 189 numeral 14, 345 y 347 de la Carta Política.

4-. En lo que atañe al cuarto cargo se responde: Repasadas las normas contenidas en el Decreto acusado no se vislumbra que exista una contraposición de funciones entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública que conllevara a un eventual conflicto de competencias. Por el contrario, el artículo 3o. establece claramente que el Departamento Administrativo de la Función Pública cumplirá una función de "apoyo" a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

III-. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación considera que deben denegarse las pretensiones de la demanda, por cuanto la función excepcional transitoria dada al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 es de naturaleza legislativa por lo que éste bien podía dentro del término y en ejercicio de las funciones precisas, derogar, subrogar, modificar o adicionar las normas existentes relativas a la estructura de las entidades que allí se mencionan.

SECCION PRIMERA

La función de suprimir o fusionar es aneja a la de reestructurar y emitido el estatuto legal de reestructuración de cada entidad, nada impedía al Gobierno señalar un plazo para dar cumplimiento a la función que le es propia, al tenor de los ordinales 14 a 16 del artículo 189 de la Constitución.

No se vulneran los artículos 53 y 25 *ibídem* por cuanto como lo admitió el Consejo de Estado en sentencia de 9 de septiembre de 1993, pendiente 2309, no existe derecho adquirido a no ser removido del empleo por efecto de la reestructuración o modificación de la planta de personal y la regulación de la carrera administrativa no confiere un derecho incondicional al empleado de permanecer en aquél, por cuanto el interés general tiene primacía sobre el particular o de grupos, sin perjuicio de las indemnizaciones que haya lugar, con lo cual se responde aquí otro planteamiento de la demanda.

IV-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Procede la Sala a resolver los cargos en el mismo orden en que han sido Planteados.

Respecto del primer cargo cabe advertir lo siguiente:

Los artículos 27 y 28 del Decreto 2169 de 1993 establecen un término de 6 meses contado a partir de la vigencia de dicho Decreto para que el Gobierno Nacional disponga lo concerniente a la adopción de la planta de personal en el Departamento Administrativo de la Función Pública y lo relativo a las indemnizaciones para los trabajadores oficiales y empleados públicos a quienes se les suprima el cargo o empleo como consecuencia de la reestructuración.

Según la actora estas disposiciones violan los artículos 6o. y Transitorio 20 de la Carta Política por cuanto contienen una prórroga al término de 18 meses previsto en esta última norma.

Sobre el particular la Sala rectificó en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309, el criterio que había venido adoptando en anteriores pronunciamientos, entre ellos, el expuesto en este proceso al resolver sobre la solicitud de suspensión provisional, respecto del señalamiento,del plazo para la adecuación de las plantas de personal. Fue así como la Sala consideró, y lo reitera ahora, que por ser la facultad excepcional transitoria de la que la Carta

revistió al Gobierno Nacional de carácter legislativo, en razón de la materia que regula, difiere por lo mismo sustancialmente de la que consagra el artículo 189 numerales 14 a 16, que es de naturaleza administrativa. De manera pues que habida cuenta que para el desarrollo de esta última el Gobierno Nacional no requiere de término alguno para su ejercicio por ser de carácter permanente, le basta a éste únicamente obrar conforme a la ley, y en este caso el Decreto en estudio tiene la misma fuerza o entidad normativa de ésta por lo cual bien podía aquél establecer un término para adecuar la planta de personal, término este que se entiende circunscrito a un fin específico, esto es, a los efectos de la decisión de reestructuración, fusión o supresión que sé hubiere adoptado, y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de la misma resultaren privadas de su cargo o empleo.

Lo anterior conduce a la Sala a desestimar el cargo y a decretar levantamiento de la medida cautelar que se impuso a las expresiones referentes al plazo contenidas en las normas *sub examine*.

En relación con la segunda censura se debe precisar lo siguiente:

Los artículos 21 a 23 del Decreto 2169 de 1992 prevén como causal de terminación del vínculo legal y reglamentario o contractual, la supresión del cargo o empleo como consecuencia de la reestructuración.

A dichas normas les endilga la actora el cargo se ser violatorias de los artículos 53 y 125 de la Carta Política, por cuanto el trabajo es el único medio de supervivencia de los colombianos y el despojo de él trae graves consecuencias económicas, políticas y sociales.

Al respecto reitera la Sala una vez más lo expresado en diversas providencias en cuanto a que las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar, llevan implícita la de supresión de cargos que cuando el artículo transitorio 20 le otorgó al Gobierno Nacional tal facultad de antemano lo estaba autorizando para esa determinación en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio y sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar el daño que se pueda causar a su titular con aquella decisión. Así también lo entendió la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, cuando dijo:

> "... 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...."

"... 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".

De otra parte, el artículo 125 de la Carta Política además de las causales de retiro de un cargo o empleo que allí consagra, se remite a "las demás causases previstas en la constitución o la ley", y como quiera que los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución prevista en el artículo transitorio 20, como ya se dijo, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la LEY, podían regular como causal de retiro la supresión de cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión.

Por lo expuesto, no está llamado a prosperar el cargo.

El tercer cargo que plantea la actora es la violación de los artículos 12, 48, 101, 122, 150 numerales 9o. y 11, 189 numerales 14 y 20, 345 y 347 de la Constitución Política, por parte de los artículos 28 a 30 y 39 del Decreto 2169 de 1992, por Cuanto el Gobierno Nacional no está facultado para imponer cargas al tesoro público.

Las normas acusadas se refieren a las indemnizaciones y bonificaciones para quienes se les suprima el cargo como consecuencia de la reestructuración, y que, para ello, el Gobierno Nacional efectuará las operaciones y traslados presupuestases que se requieran.

Cabe advertir que sólo guardan relación con el tema que nos ocupa los artículos 189 numeral 14, 345 y 347 de la Carta, a cuyo análisis únicamente se circunscribirá la Sala.

Sobre el punto materia del debate la Sala se pronunció en este proceso en proveído de 15 de julio del presente año al resolver la solicitud de suspensión

provisional, y como quiera que no han variado las circunstancias que la condujeron a denegar la medida , se remite a lo allí expuesto para dar respuesta al cargo formulado. Dijo la Sala en dicha oportunidad:

> "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 presupuestares 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".

En lo que concierne al cuarto cargo que formula la actora al Decreto acusado de ser violatorio de los artículos 150 numeral 7o. y 130 de la Carta, por cuanto reduce las funciones de administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos del Departamento Administrativo de la Función Pública para colocarlas en manos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, estima la Sala que tampoco está llamado a prosperar. En efecto, es la propia Carta Política en su artículo 130 la que establece que habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración ,vigilancia de las carreras de los servidores públicos. En armonía con esta disposición el artículo 3o. del Decreto 2169 de 1992, además de otras funciones que le competen al Departamento Administrativo de la Función Pública, contempla la de "Apoyar a la Comisión del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones".

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): **LEVANTASE** 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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera la jurisprudencia contenida en el auto de 27 de enero de 1994, Exp. 2669, Ponente: Dr; ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, Actor: LUIS ALBERTO RUBIANO SANCHEZ.

MINISTERIO DE SALUD - Facultades / RUIDO AMBIENTAL / DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE SANO

El Ministerio de Salud sí está facultado para expedir reglamentaciones en lo relativo a sonidos y ruidos como agentes físicos que puedan alterar la salud de las personas y, en particular, de los trabajadores, de tal suerte que cuando el artículo 202 *ibídem* prescribe que la intensidad de sonidos o ruidos en las edificaciones se regirá por lo establecido en dicha Ley y sus reglamentaciones, debe entenderse en sana lógica que se refiere, entre otras cosas, a las normas antes enunciadas, como también a las reglamentaciones que sobre la materia expedida por el Ministerio de Salud, para lo cual, como se ha visto fué expresamente autorizado.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente no. 2513. Acción : Nulidad. Actor: CARLOS EDUARDO NARANJO FLOREZ.

El ciudadano y abogado CARLOS EDUARDO NARANJO FLOREZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de la Resolución No. 08321 de 4 de agosto de 1983 "Por la cual se dictan normas sobre protección y conservación de la Audición de la Salud y el bienestar de las personas, por causa de la producción y emisión de ruidos", expedida por el Ministerio de Salud.

SECCION PRIMERA

I.- EL ACTO ACUSADO

Es la Resolución No. 08321 de 4 de agosto de 1983, expedida por los señores Ministro de Salud y Secretario General del Ministerio de Salud, invocando en especial las atribuciones conferidas por la Ley 9a. de 1979. Consta de 5 capítulos que versan sobre los siguientes aspectos: las definiciones generales de las diferentes clases de ruido; el ruido ambiental y sus métodos de medición; normas generales y especiales de emisión de ruido para fuentes emisoras; y protección y conservación de la audición por la emisión de ruido en los lugares de trabajo.

II.- *CAUSA PETENDI*

Como normas violadas se señalan los artículos 2o. 23, 20, 76 numeral 12, 120 numeral 3o., y 57 de la Constitución de 1886, reiterados hoy por los artículos 3o., 28, 121, 150 numeral 10o., 189 numeral 11 y 57 de la actual Carta Política.

Para fundamentar las violaciones el actor aduce esencialmente lo siguiente:

El artículo 2o. de la Carta de 1886, aplicable al caso concreto disponía que la soberanía tenía como titular a la Nación, pero era ejercida por las autoridades de la República "...en los términos.." que la Constitución establecía y únicamente en ellos. Por lo tanto, todo acto que no correspondiera a lo establecido por la Carta degeneraba en inconstitucional y perfeccionaba una conducta usurpadora de funciones públicas radicadas en cabeza de funcionarios u organismos oficiales diferentes.

Sabido es que toda actuación administrativa debe ceñirse a lo ordenado por la ley, lo que significa que ninguna autoridad puede salirse del marco jurídico que constituye la esfera de su competencia. En consecuencia, el titular de una potestad no la puede trasladar a ninguna otra autoridad, a no ser que el legislador mismo la haya permitido.

La Resolución No. 08321 acusada es ilegal por cuanto con ella el Ministerio de Salud usurpó la función de legislar, propia del Congreso Nacional.

En ninguna parte de la Constitución de 1886 y en la de 1991, se establece la posibilidad de que un Ministerio pueda legislar extraordinariamente. Sólo en casos especiales el Congreso de la República puede revestir al Gobierno de precisas facultades para expedir normas que tengan fuerza de ley.

Ninguna norma constitucional ni legal, autoriza al Ministro de Salud para reglamentar la Ley 9a. de 1979, ni podía existir norma alguna que así lo dispusiera, ya que sólo el legislador mismo o el Gobierno podía hacerlo. Tampoco se concibe que la función de reglamentar la ley, en cabeza del Gobierno Nacional, pueda delegarse en un Ministro respectivo, y ni siquiera existió el Decreto correspondiente.

Bastan los anteriores argumentos para concluir que el Ministro de Salud usurpó funciones del legislador y del ejecutivo, y violó de este modo los artículos 2o., 20, 57, 76 y 120 de la Constitución Nacional de 1886 y se irrogó la función de reglamentar la Ley 9a. de 1979, que es propia del legislador o del Gobierno Nacional.

III-. TRAMITE DE LA ACCION.

Se le imprimió el del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas: admisión de la demanda, fijación en lista y alegaciones y concepto fiscal.

III.1-. La Nación -Ministerio de Salud, por medio de apoderada, dió contestación a la demanda, en la cual expuso, en síntesis, lo siguiente:

El acto acusado se profirió con el lleno de los requisitos constitucionales y legales, esto es en virtud de la facultad conferida por los artículos 120 numeral 3o. de la Constitución anterior (189 numeral 11 de la Constitución Política vigente) y la Ley 9a. de 1979.

La Dirección del Ministerio y del Sistema de Salud, corresponde al Ministro de Salud, por lo que el Ministerio de Salud expide normas científicas para el control de los factores de riesgo para la salud que deben ser acatadas por los organismos que pertenecen al Sistema de Salud (artículo 5o. del Decreto 1471 de 1990 y Ley 10o. de 1990 artículo 4o inciso 2o.).

Por lo tanto, el Ministro de Salud no usurpó funciones del legislador ni mucho menos del Ejecutivo, quien no tenía que delegar mediante Decreto la facultad que para el efecto está en cabeza del Ministro de Salud.

Por ello el Consejo de Estado en auto de 16 de julio de 1993 ordenó denegar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución acusada.

III.2-. En la etapa de alegaciones lo hizo a tiempo la demandada, quien ratificó las argumentaciones hechas en la contestación de la demanda, agregando que de acuerdo con el artículo 208 de nuestra Carta Política, los Ministros y los

Directores de Departamentos Administrativos son los jefes de la Administración en su respectiva dependencia y bajo la dirección del Presidente de la República les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

Reitera que la Resolución demandada fué expedida de manera legal, por la persona competente para ello por lo que no existió falsa motivación y mucho menos se violó normas jurídicas de superior jerarquía.

El actor lo hizo en forma extemporánea, ya que su escrito lo presentó en la Secretaría de la sección el 22 de octubre de 1993 (folios 80 a 85), que el término para alegar venció el 21 del mismo mes y año. (folio 73 vuelto).

III.3-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

La señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación opina que deben denegarse las súplicas de la demanda porque la resolución acusada fué emitida por el Ministro de Salud en forma legal, ya que la Ley 9a. de 1979 es una ley para la prevención de la salud de la comunidad, que le atribuye al Ministerio de Salud la función de establecer normas técnicas reguladoras de los diferentes aspectos que tocan con la prevención de la salud y el bienestar tales como protección del medio ambiente, cuidado manejo y utilización de aguas, residuos líquidos. basuras, control de plagas, alimentos drogas, etc., y para el caso concreto en estudio, control de ruidos. Porque la audición, que es parte integrante de la salud y del bienestar, es susceptible de perderse por la polución ambiental.

Basta una lectura atenta de la ley para entender que ésta es una ley de atribuciones al Ministerio de Salud, al cual se confía la expedición de normas técnicas que garanticen el cuidado preventivo de la salud, condición del bienestar, y desarrollo del hombre y la sociedad.

En consecuencia, el Ministerio de Salud sí es competente para expedir normas como las contenidas en la Resolución traída a juicio, por lo cual deben denegarse las súplicas de la demanda.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala estima que los razonamientos hechos en el auto de 16 de julio del presente año, que denegó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución acusada, mantienen su virtualidad y sirven también de sustento para denegar la nulidad impetrada.

Se expresó al efecto en el referido proveído:

"... A través de la Resolución No. 08321 de 4 de agosto de 1983, suscrita por los señores Ministro de Salud y Secretario General del Ministerio de Salud, invocando en especial las atribuciones conferidas por la Ley 9a. de 1979, se dictan normas sobre protección y conservación de la audición de la salud y el bienestar de las personas por causa de la producción y emisión de ruidos. Esta Resolución se compone de 5 capítulos, que versan sobre los siguientes aspectos: las definiciones de las diferentes clases de ruido; el ruido ambiental y sus métodos de medición; normas generales y especiales de emisión de ruido para fuentes emisoras; y protección y conservación de la audición por la emisión de ruido en los lugares de trabajo.

La Ley 9a. de 24 de enero de 1979, que es el Código Sanitario Nacional, regula en sus doce capítulos lo relativo a: la protección del medio ambiente; suministro de agua; salud ocupacional; saneamiento de edificaciones; alimentos; drogas, medicamentos, cosméticos y similares; vigilancia y control epidemiológico; desastres; defunciones, traslado de cadáveres, inhumación, exhumación, trasplante y control de especímenes; artículos de uso doméstico; vigilancia y control; y derechos y deberes relativos a la salud.

Observa la Sala como una constante en el articulado de dicha Ley la atribución de facultades al Ministerio de Salud para reglamentar tales materias. Por vía de ejemplo, aparecen regulaciones como las contenidas en los artículos 83, 106 y 577, las cuales prevén: la primera, lo autoriza para establecer, en cooperación con otros organismos estatales, las regulaciones técnicas y administrativas destinadas a proteger, conservar y mejorar la salud de los trabajadores en el territorio nacional, supervisar su ejecución, hacer cumplir las disposiciones en materia de salud ocupacional y las reglamentaciones que se expidan; la segunda, lo faculta para determinar los niveles de ruido, vibración y cambios de presión, a que pueden estar expuestos los trabajadores; y la última, señala un régimen de sanciones imponibles por las entidades encargadas de hacer cumplir las disposiciones del citado Código, como el aludido Ministerio.

Lo anterior permite inferir que el Ministerio de Salud sí está facultado para expedir reglamentaciones en lo relativo a sonidos y ruidos como agentes físicos que puedan alterar la salud de las personas y, en particular, de los trabajadores, de tal suerte que cuando el artículo 202 *ibídem* prescribe que la intensidad de sonidos o ruidos en las edificaciones se regirá por lo establecido en dicha Ley y sus reglamentaciones, debe

entenderse en sana lógica que se refiere, entre otras, a las normas antes enunciadas, como también a las reglamentaciones que sobre la materia expida el Ministerio de Salud, para lo cual, como se ha visto fué expresamente autorizado.

Fluye de lo expuesto que *prima facie* no se advierte que la Resolución acusada infrinja el artículo 202 de la Ley 9a. de 1979 y, consecuencialmente, las normas constitucionales que invoca el actor, razón ésta potísima para que se deniegue la solicitud de la medida precautoria..."

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.

DEVUELVASE la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

En firme esta providencia, archivase el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

n expresa ni la indicación de término alguno para su ejercicio, por mandato del artículo 189 ordinal 14 de la Carta, en concordancia con el artículo 75 del Decreto ley 1042 de 1978.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2537. Acción: Nulidad. Actora: MARICEL CRUZ MORENO.

Se deciden los recursos de reposición oportunamente interpuestos por los apoderados de la Nación Ministerio de Agricultura y el Departamento Nacional de Planeación, respectivamente, contra el auto de 27 de agosto del presente año, en cuanto en su punto III decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresiones "...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; y "...Durante el año de 1993, ..." en el numeral 7, contenidas en el artículo 9o. del Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructuran y fusionan entidades y dependencias de la administración nacional", expedido por el Gobierno

Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le concediera el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. EL AUTO RECURRIDO.

Sostuvo esta Sección, en lo pertinente, lo siguiente:

"... La única censura que plantea la demandante en contra del referido artículo es que en él se prórroga 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 reestructurar, 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 acunado. la Sala advierte sin mucho esfuerzo que deben suspenderse provisionalmente, por infringir en forma manifiesta a aquel, 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.

II.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS.

La apoderada del Ministerio de Agricultura, aduce, en esencia, los siguientes argumentos:

1o): Que no existe ningún nexo causal que permita vincular al Ministerio de Agricultura con la expedición del Decreto 2132, máxime cuando este aparece suscrito por el Ministro de Trabajo, Hacienda y Salud.

En ningún momento el Ministerio de Agricultura o alguna de sus entidades adscritas o vinculadas tuvieron participación directa o indirecta en la expedición del Decreto acusado, por lo cual debe ser revocado el literal B de la parte resolutiva donde por error involuntario se vincula al citado Ministerio.

2o): La fusión de los entes citados en el Decreto acusado se efectuó bajo los parámetros y atribuciones que en nada riñen con la actual Constitución.

El apoderado del Departamento Nacional de Planeación, plantea principalmente, las siguientes razones:

1o): Las actuaciones que deberían realizarse dentro de los plazos que fijó el Gobierno más allá del 7 enero de 1992, no aludían a competencias del legislador atribuidas temporalmente al Gobierno, sino a competencias propias del Ejecutivo de carácter permanente y por ello no se pueden entender supeditadas al plazo antes mencionado.

2o): En la providencia admisoria de otras demandas el Consejo de Estado sienta claramente las diferencias entre las competencias derivadas del artículo 20 transitorio, en materia de reestructuración orgánica de la Administración y las competencias propias del Ejecutivo en materia de adecuación funcional a la estructura orgánica fijada.

3o): Hoy ya se cuenta con un pronunciamiento doctrinario sobre los plazos para las actuaciones administrativas de la reestructuración, en la sentencia del 9 de septiembre de 1993, proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso 2309, adelantado contra el Decreto 2141 de 1992.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

En cuanto a las censuras planteadas por los recurrentes, la Sala anota:

1-. Primeramente, se advierte que a la apoderada del Ministerio de Agricultura no le asiste razón cuando afirma que dicho organismo no tuvo participación directa o indirecta en la expedición del Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992, habida cuenta que el mismo aparece suscrito también por el señor Ministro de Agricultura. Tal circunstancia permitió a la Sala considerar que al haber intervenido en la expedición del acto acusado debe llevar la representación de la Nación en calidad de demandado, pues, según el artículo 150 del C.C.A., las entidades públicas "son partes en todos los procesos contenciosos administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan."

Esta razón es suficiente para conformar el literal b) del punto I del auto recurrido.

2-. Las censuras formuladas por el apoderado del Departamento Nacional de Planeación si tienen vocación de prosperidad por las siguientes razones:

En el proveído impugnado, se ordenó la suspensión provisional de los efectos de las expresiones "...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; y "... Durante el año de 1993, ...", en el numeral 7, contenidas en el artículo 9o. del Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992, porque excedió el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20 para llevar a cabo la 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: doctor 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, 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 los plazos a que se refiere el artículo 9o. en los numerales antes señalados tienen que ver con la adecuación de la estructura interna y de la planta de personal de las entidades relacionadas en el Decreto 2132 citado.

Debe, en consecuencia, revocarse el proveído recurrido.

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

RESUELVE:

1o): Tiénese al doctor JUAN ENRIQUE MEDINA PABON, como apoderado especial de la Nación-Departamento Nacional de Planeación, en los términos y para los efectos del poder y documentos visibles a folios 155 a 163.

2o): Tiénese a la doctora ARIELA DEL PILAR LIÑEIRO COLMENARES, como apoderada especial de la Nación-Ministerio de Agricultura, de conformidad con el poder y documentos obrantes a folios 143 vuelto a 146.

3o): CONFIRMASE el literal b) del punto I del auto de 27 de agosto de 1993.

4o): REVOCASE el punto III del auto mencionado, y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 9o. del Decreto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO GENERAL / ACCION DE NULIDAD / ACTO PARTICULAR - Inexistencia

A través de la Resolución acusada "se aprueba el proyecto de encerramiento de la urbanización". Del objeto de dicho acto no se infiere un carácter particular por cuanto no obstante estar dirigido a la agrupación de vivienda que conforma la urbanización "Los Almendros", no tiene destinatarios individualizados si concretos a quienes se les asigne la titularidad del derecho derivado del mismo. Dado entonces el carácter general e impersonal del acto, es susceptible su enjuiciamiento a través de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. incoada por el actor.

BIEN DE USO PUBLICO / ENCERRAMIENTO / PLANEACION MUNICIPAL / ESPACIO PUBLICO / URBANISMO

La prohibición de encerrar la urbanización contenida en la reglamentación interna de ésta o en los justos títulos de adquisición se refiere a los propietarios o futuros adquirientes de las viviendas, pues el enterramiento de predios por ser una medida relativa a la planificación del desarrollo municipal sólo puede ser autorizada o negada por las entidades o autoridades encargadas de llevar a efecto tal planificación, *verbi gracia*, entre otras, los Concejos Municipales, sin que al respecto puedan tener injerencia los particulares. El legislador está prohibiendo el encerramiento total pues en esta forma se priva a la ciudadanía del uso, goce, disfrute visual y libre tránsito de los bienes de uso público. No así un encerramiento parcial que permita medidas de control o acceso a los mimos pues éste no priva a la ciudadanía,de tales derechos y sí por el contrario contribuye a la seguridad, mantenimiento, aseo,

etc. del sector, lo cual garantiza un adecuado uso del espacio público.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. -Santa Fe de Bogotá, D.C. once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2549. Recurso de apelación contra la sentencia de 10 de mayo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Actor: CIRO ALFONSO PAEZ ACEVEDO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por actor contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo en el proceso instaurado en ejercicio de la acción de nulidad contra la Resolución No. 028 de 18 de septiembre de 1989, emanada del Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Bucaramanga que aprobó el proyecto de encerramiento de la urbanización "Los Almendros" de dicha ciudad.

I-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión antes señalada el rallador de primer grado, consideró, en síntesis, lo siguiente:

1-. El accionante al incoar la nulidad contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 028 de 18 de septiembre de 1989, precisó en su libelo que la solicitud estaba encaminada concreta y básicamente a lograr la anulación del mencionado documento oficial, pues en su criterio era violatorio y contrario a la Constitución y a las leyes vigentes. Para ello acudió al camino jurídico del contencioso objetivo de nulidad del artículo 84 del C.C.A.

2-. El Tribunal al examinar el texto de la Resolución controvertida encuentra que para la expedición de tal acto se parte de la base de una petición de carácter particular hecha por quien en ese momento era el representante legal de la urbanización "Los Almendros", encaminada a lograr que el Departamento Administrativo de Planeación Municipal aprobara el proyecto de encerramiento de ese núcleo urbano, para lo cual dicho representante presentó todos los documentos que se exigían para el efecto.

Una vez cumplido el trámite correspondiente se aprobó el mencionado proyecto; se ordenaron las publicaciones; se notificó la Resolución al

representante legal de la urbanización y se verificaron las publicaciones por radio.

3-. Lo anterior permite establecer a la Sala que el interés inicialmente planteado en él libelo iba a tener consecuencias jurídicas diferentes por cuanto la resolución enjuiciada no era un acto general e impersonal sino particular y concreto, pues lo que supuestamente se estaría desconociendo por parte del Departamento Administrativo de Planeación Municipal era un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica y la nulidad de aquélla conllevaría un restablecimiento del derecho. Ello se deduce del contexto mismo del acto acusado, ya que si bien es cierto este no afecta a una persona determinada, sí a un núcleo de personas determinables: el que pertenece y está residenciado en la Urbanización Los Almendros.

4-. La acción que debía promoverse era la del artículo 85 del C.C.A., que de conformidad con el artículo 136 *ibídem* caduca en 4 meses contados a partir de la publicación del acto. El último día de la publicación del acto acusado fue el 20 de septiembre de 1989 y la demanda se instauró el 11 de junio de 1991 cuando ya estaba caducada la acción, razón que impide desatar en el fondo el litigio por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

5-. Siguiendo la tesis del Consejo de Estado sobre la teoría de los motivos y finalidades y los ajustes hechos a la misma a partir de la providencia de 2 de agosto de 1990 con ponencia del doctor Pablo Cáceres Corrales, se concluye que el acto administrativo acusado no se encuentra relacionada entre los que la ley ha considerado susceptibles de atacar a través del contencioso objetivo de nulidad, precisamente por el carácter particular que ostenta, por lo cual resulta inepta la demanda y por consiguiente no puede haber pronunciamiento de fondo.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los motivos de inconformidad del recurrente puede resumirse así:

1-. Sin haberse aprobado ninguna proposición de encerramiento en asamblea General de la Junta de Acción Comunal de la Urbanización Abierta Unifamiliar Los almendros, y sin contar con ninguna autorización expresa, ni verbal ni escrita, de la mayoría o minoría de los propietarios de inmuebles del sector para comprometer su responsabilidad patrimonial, el Presidente de la Junta Directiva elevó petición personal de encerramiento invocando tal calidad y la de ser su representante legal ante la dirección del Departamento de Planeación Municipal de Bucaramanga.

2-. Dicha entidad expidió la Resolución acusada, y no obstante las prevenciones que allí se hacen se han encerrado y privatizado todos los bienes de uso público específicamente mencionados y determinados en tal acto administrativo.

3-. Auspiciados por la Administración Municipal de Bucaramanga, en especial por la Secretaría de Valorización Municipal, un grupo de propietario a se autoeligieron y crearon clandestinamente el Consejo de Administración Urbanización,Los Almendros, y ahora pretenden, por la fuerza de las obras ya,realizadas, despojar a todos los ciudadanos de la facultad de usar y gozar de tales bienes de uso público, como someter los bienes inmuebles al régimen de propiedad horizontal y a los propietarios individuales en copropietarios.

4-. Ante el número elevadísimo de quejas presentadas por los propietarios de los inmuebles, el Personero Delegado para la Vigilancia de Bienes Públicos practicó una diligencia de inspección ocular y produjo el oficio No. 117 de 11 de mayo de 1993, documentos públicos estos que corroboran los hechos materializados de encerramiento de los bienes de uso público que expresamente en el artículo 2o. de la Resolución 028 se prohibían encerrar.

5-. Así mismo da cuenta el informe Personero Delegado que por motivo del encerramiento varios propietarios de inmuebles se han tomado el espacio público para construir en él otras viviendas anexas.

6-. Al momento de practicarse la diligencia de inspección judicial en este proceso no se observaron las obras de encerramiento en su totalidad ya que éstas se interrumpieron en razón de una querella policiva.

7-. La Secretaría de Valorización de Bucaramanga ha librado recibos de cobro a los propietarios de inmuebles por razón del encerramiento de los accesos y desfogues viales públicos, plazas, bahías de estacionamiento vehicular público y espacio público interno y externo de uso común de la urbanización "Los Almendros", desconociendo así que los bienes de uso público están destinados al uso común de los habitantes y que por estar fuera del comercio son imprescriptibles e inalienables.

8-. Por lo anterior el anterior no puede tipificarse como de contenido particular como lo consigna el salvamento de voto de la Magistrada Mariela Vega de Herrera, sino que se trata de un acto administrativo mixto que permite ser demandado a través de la acción de nulidad por no conllevar un restablecimiento del derecho.

SECCION PRIMERA

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

A través de la Resolución. acusada "se aprueba el proyecto de Encerramiento de la Urbanización LOS ALMENDROS y se dan las especificaciones del mismo".

Del objeto de dicho acto no se infiere un carácter particular por cuanto no obstante estar dirigido a la agrupación de vivienda que conforma la urbanización "Los Almendros", no tiene destinatarios individualizados ni concretos a quienes se les asigne la titularidad del derecho derivado del mismo.

Dado entonces el carácter general e impersonal del acto, es susceptible su enjuiciamiento a través de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. incoada por el actor, lo cual hace que proceda la revocatoria del fallo impugnado debiendo la Sala en consecuencia pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Aduce el actor que la Resolución No. 028 de 18 de septiembre de 1989 viola los artículos 16 y 30 de la Constitución Política de 1.886,por cuanto la reglamentación interna de la Urbanización Los Almendros y los justos títulos que consagran derechos a los compradores establecen la prohibición de encerrar tal urbanización bajo ningún pretexto; que se quebranta el inciso final del artículo 6°. de la Ley 9a. de 1989,que prohíbe encerrar los bienes de uso público; y que se vulneran los artículos 883, 885 y 886 del C.C. al desconocer aquélla que los antejardines de las viviendas son servidumbres activas inseparables de cada uno de los predios sobre los que cada propietario ha mejorado los f rentes de sus viviendas ubicados frente a la vía pública para acceder a ellas, y que la iniciativa de construir obras debe provenir del propietario y no de quien se autodesignó representante legal para comprometer responsabilidad patrimonial de los verdaderos propietarios.

Estima la Sala que no asiste razón al actor en cuanto a la transgresión de los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional de 1886, toda vez que la prohibición de encerrar la urbanización contenida en la reglamentación interna de ésta o en los justos títulos de adquisición se refiere a los propietarios o futuros adquirentes de las viviendas, pues el encerramiento de predios por ser una medida relativa a la planificación del desarrollo municipal sólo puede ser autorizada o negada por las entidades o autoridades encargadas de llevar a

efecto tal planificación, verbi gracia, entre otras, los Concejos Municipales, sin que al respecto puedan tener injerencia los particulares.

Para el caso que nos ocupa, el Acuerdo No. 066 de 24 de agosto de 1987, emanado del Concejo Municipal de Bucaramanga, en su artículo 3º autorizó al Departamento de Planeación Municipal para diseñar las obras que se requieran en la Urbanización Los Almendros a fin de garantizar seguridad, mantenimiento y aseo del sector, y para conceder el respectivo permiso conforme a los requisitos de ley (folio 123 cuaderno principal).

En lo que concierne a la infracción del inciso final del artículo 6º de la Ley 9a. de 1989, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

Establece el capítulo II del acto acusado:

"NORMAS GENERALES DEL ENCERRAMIENTO.

Art. 2.- Establecer como Normas del Encerramiento de la Urbanización LOS ALMENDROS las que a continuación se enumeran:

No se permitirá el encerramiento total de las zonas que a continuación se enumeran, por tratarse de BIENES DE USO PUBLICO, únicamente se permitirá el control de los accesos a las siguientes vías y plazas públicas ...."

"Art. 3.- Las obras se deberán ajustar a lo exigido por la Ley 9a. de 1989 en sus artículos 5,6,7 y 8..."

Prevé el inciso final del artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989:

> "Los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público, así como las vías públicas, no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito".

Del contenido de esta última disposición concluye la Sala que el legislador está prohibiendo el encerramiento total pues en esta forma se priva a la ciudadanía del uso, goce, disfrute visual y libre tránsito de los bienes de uso público. No así un encerramiento parcial que permita medidas de control o acceso a los mismos pues éste no priva a la ciudadanía de tales derechos y sí por el contrario contribuye a la seguridad, mantenimiento, aseo, etc, del sector, lo cual garantiza un adecuado uso del espacio público.

Por esta razón considera la Sala que al hacer énfasis las normas acusadas en la prohibición de encerrar totalmente las vías públicas, plazas, etc., que en

ellas se especifican, no hace más que reiterar el cumplimiento de las disposiciones que sobre la materia regula la Ley 9a. de 1989 y por ello este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

Otra cosa muy diferente es que al ejecutarse la Resolución cuestionada, la entidad contratista encargada de efectuar las obras de encerramiento hubiera desobedecido o desbordado lo ordenado en aquélla, pues esta situación resulta ajena al acto mismo que se acusa.

Obsérvese que el propio recurrente en el escrito contentivo del recurso reconoce que no es la Resolución acusada la que ordena el encerramiento total. Es así como el actor afirma que en los documentos oficiales "... se corroboran los hechos materializados del ENCERRAMIENTO DE LOS BIENES DE USO PUBLICO que expresamente en el artículo 2°. de la Resolución 028 de 18 de septiembre de 1989 SE PROHIBIAN ENCERRAR... " (folio 9 cuaderno No. 2).

Luego, no existiendo relación de causalidad entre la supuesta violación del espacio público y lo ordenado en la Resolución sub examine, los actos posteriores y en contravención con ésta, no pueden tener la virtualidad de afectar su validez.

De la misma manera resultan ajenos a la controversia la invasión del espacio público por parte de varios propietarios como consecuencia del encerramiento y el cobro a éstos por parte de la secretaría de Valorización de Bucaramanga a que hace alusión el actor en el escrito en que sustenta el recurso de apelación.

Finalmente cabe resaltar que conforme al documento público que obra a folio 16 del cuaderno principal, el representante legal de la Junta de Acción Comunal de la Urbanización Los Almendros es el señor RAFAEL QUIROGA, es decir, la misma persona que según la Resolución acusada presentó la solicitud de encerramiento . Por esta razón los actos de aquél pueden llegar a comprometer la voluntad y responsabilidad de los propietarios de viviendas pertenecientes a dicha Urbanización mientras no se desvirtúe que carece de tal representación o que ha actuado sin autorización de éstos.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a desestimar las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A:

REVOCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REGISTRO DE MARCA - Renovación / INTERVENCION DE TERCEROS - Improcedencia

No hay previsión normativa alguna que permita en el trámite de renovación del registro de una marca la intervención de terceras personas para oponerse a ella. La oposición sólo se previó, para cuando se tramita la solicitud de registro de una marca. En el evento de que se solicite su renovación, su trámite se circunscribe a una relación entre el interesado y la administración.

TACHA DE FALSEDAD - Improcedencia / ACTO ADMINISTRATIVO - Eficacia / NOTIFICACION

Como la notificación tiene que ver sólo con la eficacia de la decisión, la que está en el presente caso, contenida en la Resolución 007176 de 1985, cuya copia aportada al proceso como auténtica se cuestiona de falsa, el aparecer o no en ésta la firma del notificador, se constituye en omisión carente de influencia en la decisión que hay que tomarse en este juicio. Y el que aparezca la firma del notificador en el facsímil en el mencionado sello de notificación que ostenta, no propiamente el original de la Resolución como lo afirma la demandada, sino en una copia al carbón, por la misma razón precedente se torna en elementos sin ninguna incidencia en la decisión de este proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 520 Actor: PIZZA HUT. INC.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al Proceso de la referencia, instaurada por la sociedad Pizza Hut, Inc. contra actos Administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

I.- ANTECEDENTES:

a.- La actora, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La sociedad Pizza Hut, Inc. con domicilio en Wichita, Estado de Kansas, Estados Unidos de América, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ocurrió ante esta Corporación para solicitar que se declare en sentencia definitiva lo siguiente:

1.- Que es nula la Resolución No. 003474 de mayo 2 de 1986, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se revocó la Resolución No. 007176 del 13 de junio de 1985, expedida por dicha Superintendencia.

2.- Que es nula la Resolución No. 1322 del 14 de agosto de 1986, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se confirmó la Resolución No. 003474 de mayo 2 de 1986 a que se hace referencia en el punto inmediatamente anterior.

3.- Que se restablezca el derecho conferido a Pizza Hut, Inc. mediante la Resolución No. 007176 del 13 de junio de 1985, dictada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, declarando que el registro número 79.824 de mayo 28 de 1973 para la marca Pizza Hut está vigente hasta mayo 28 de 1988, conforme la demuestra el certificado de renovación expedido el 30 de diciembre de 1985.

b.- Los actos acusados:

Lo son las Resoluciones referidas en el párrafo precedente, por las cuales, mediante la número 003474 de 2 de mayo de 1986, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio revocó los artículos 2°, 4°, y 5° de la Resolución 007176 de 13 de junio de 1985, y negó la renovación de la marca PIZZA HUT, clase 30a., certificado número 79.824, solicitada por PIZZA HUT., y mediante la número 1322 de 14 de agosto de 1986, dictada por el Superintendente de Industria y Comercio, se confirma aquella.

SECCION PRIMERA

Las citadas resoluciones obran a folios 21 a 23, 13 a 15 y 17 a 20 del Cdno. No.1.

c.- **Los hechos de la demanda:**

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumiese así (fls. 33 a 37 del cdno. No. 1):

1.- La División de Propiedad Industrial como conclusión del trámite adelantado en el expediente 130.055 Expidió la resolución número 02567 de mayo 28 de 1973 por medio de la cual confirió a Pizza Hut, Inc. el derecho exclusivo sobre la marca Pizza Hut en relación con productos de la clase 30 del Decreto 755 de 1972.

2.- En mayo 28 de 1973, la División de Propiedad Industrial expidió en favor de Pizza Hut, Inc. el certificado de registro 79.824, mediante el cual se le confirió, por el término de diez (10) años, el derecho exclusivo de usar la marca Pizza Hut con relación a productos de la clase 30 del Decreto 755 de 1972.

3.- Con anterioridad a mayo 28 de 1983, esto es en mayo 23 de 1983, Pizza Hut, Inc. solicitó a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, la renovación por cinco años más, contados desde mayo 28 de 1983, del certificado de registro 79.824, la que a través del expediente No. 222.564.

4.- En diciembre 9 de 1983 y en Mayo 8 de 1984 se presentaron a la División de Propiedad Industrial documentos que demuestran el uso que de la marca Pizza Hut se hacia en ese momento en Ecuador y Perú, países miembros del Pacto Andino.

5.- Con fecha 24 de octubre de 1984 un tercero ajeno a Pizza Hut, Inc. y al trámite que se adelantaba en el expediente 222.564, presentó un escrito mediante el cual objetaba la solicitud de renovación del registro 79.824.

6.- Con fecha junio 13 de 1985 la División de Propiedad Industrial expidió la resolución No. 007176 mediante la cual desestimó el escrito del 24 de octubre de 1984 a que se ha hecho referencia en el Hecho 5 anterior, pues consideró que "nuestra legislación en ninguna parte contempla la oposición de un tercero a la concesión de la renovación de un registro marcario" y concedió la renovación del registro 79.824 por cinco años más, contados desde mayo 28 de 1983, por haberse cumplido cabalmente las normas legales que rigen la materia de renovación de registros marcarios. Esta resolución fue notificada a Pizza Hut,

Inc. el 12 de septiembre de 1985, y quedó ejecutoriada el 19 de septiembre de 1985.

7.- En diciembre 30 de 1985 y en cumplimiento de la resolución 007176 atrás mencionada y dado que el único interesado en el trámite del expediente 222.564, Pizza Hut, Inc. no había interpuesto recurso contra la resolución 007176 de junio 13 de 1986, la División de Propiedad Industrial expidió el certificado de renovación del registro 79.824 mencionado.

8.- Inexplicablemente, y a pesar de que la misma División de Propiedad Industrial al expedir la resolución 007176 de junio 13 de 1985 había declarado, que no había lugar a oírse a terceros en un trámite de renovación de registro marcario, procedió a notificarla por fijación en edicto de octubre 15 de 1985.

9.- Aprovechándose de esta última notificación, el señor Ancízar Gutiérrez, por medio de apoderado, procedió el 6 de noviembre de 1985 a interponer recurso de reposición, y en subsidio de apelación contra dicha resolución 007176.

10.- Sin ni siquiera haberle corrido traslado del antedicho recurso, mucho menos haber oído a Pizza Hut, Inc., y sin ni siquiera solicitar consentimiento expreso y escrito a ésta, la División de Propiedad Industrial procedió a expedir la resolución 003474 de mayo 2 de 1986, por medio del cual se revocaron los artículos segundo, cuarto y quinto de la resolución 007176 del 13 de junio de 1985, por medio de los cuales se había conferido a Pizza Hut, Inc. un derecho de carácter particular y concreto, y procedió a negar la renovación del registro 79.824.

11.- Contra la resolución 003474 de mayo 2 de 1986, Pizza Hut, Inc. interpuso recurso de apelación, recurso que fue decidido desfavorablemente por medio de la resolución 1322 del 14 de agosto de 1986 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio que fue notificada personalmente a Pizza Hut, Inc. el 19 de agosto de 1986.

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en la demanda como en el alegato de conclusión (fls. 40 a 49 y 207 a 219 del Cdno. No. 1):

SECCION PRIMERA

Primer cargo. Violación del artículo 73 del C.C.A.

La Administración al expedir la Resolución 007176 de 13 de junio de 1985 , por medio de la cual concedió la renovación del registro 79.824 para la marca Pizza Hut hasta mayo 28 de 1988, concedió y reconoció a ésta un derecho particular y concreto. Para poder revocar esta resolución que había sido notificada en forma personal a Pizza Hut, Inc., es decir, a la parte interesada, quien era la parte que solicitó la renovación del registro, y que se encontraba ejecutoriada, y anular el certificado de renovación que se había expedido en cumplimiento a aquél acto administrativo, la División de Propiedad Industrial, conforme a aquella norma contenciosa administrativa, ha debido obtener el consentimiento expreso y escrito de Pizza Hut, Inc., el que ni se solicitó ni se obtuvo.

Segundo cargo. Violación del artículo 44 del C.C.A.

Por ser Pizza Hut, Inc. la titular del registro 79.824, cuya renovación se tramitaba en el expediente 222.564, era la única persona interesada en dicho expediente y por consiguiente a la única persona a la que se ha debido notificar la Resolución 007176 de 13 de junio de 1985.

Un tercero no se afecta por la simple renovación de un registro marcario, pues el derecho sobre la marca ya existe para su dueño. El derecho a la marca nace del acto de concesión del registro , antes de dictarse el cual se le permite a terceros intervenir en la concesión, oportunidad que se les dio a éstos cuando se solicitó en 1973 el registro de la marca Pizza Hut, Inc., cuyo extracto se publicó en la Gaceta de Propiedad Industrial. Pero la renovación de un registro es una actuación entre el dueño de la marca y la Administración, en la que no es dado intervenir a un tercero, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia de 23 de octubre de 1940.

Desde luego que sí existe oportunidad para que terceros objeten la concesión de la renovación, pero el trámite únicamente viable, conforme a las reglas del derecho administrativo, es demandandola, ante el Consejo de Estado, cosa que no sucedió.

Al realizar la Administración una segunda notificación, transgredió el artículo 44 del C.C.A. De acuerdo con el Decreto 209 de 1957, artículo 2°, literal a), lo que debió hacer aquella era publicar en la Gaceta de Propiedad Industrial el certificado de renovación del registro 79.824.

Tercer cargo. Violación del artículo 52 del C.C.A.

Consistente en que la Administración no ha debido aceptar ni estudiar recursos de ninguna otra persona distinta a Pizza Hut, Inc. contra la,Resolución número 007176, pues esta era la única interesada en el expediente 222.564 que dio origen a dicha resolución. Si una tercera persona objetaba la Resolución 007176, el camino abierto era acudir al Consejo de Estado en una instancia para explicar y solicitar la nulidad de este acto administrativo.

Cuarto cargo. Violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 267 del C.C.A. y 349 del C.de P.C. Si hubieran cabido los recursos de terceros en la vía gubernativa, cosa que no se admite por lo ya expuesto, es elemental que ha debido correrse traslado de dicho recurso a Pizza Hut, Inc, , pero como esto no se hizo, se violó flagrantemente el derecho de defensa establecido en el artículo 26 de la Carta, del cual es desarrollo el artículo 349 del C. de P. C., aplicable a materias administrativas por remisión del artículo 267 del C.C.A.

Conforme a la norma procedimental, el recurso de reposición, se mantendrá en la Secretaría de la entidad ante quien se presente el recurso por dos días en traslado a la parte contraria. El secretario de la entidad ante quien se presentes el recurso deberá poner una nota en donde conste expresamente que se ha dado la oportunidad a la contraparte de estudiar el recurso en cuestión.

Así que, al no dar la Administración a Pizza Hut, Inc. la oportunidad procesal para contestar el recurso, se violaron las disposiciones atrás señaladas.

e. **Las razones de la defensa:**

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión,la parte demandada expresa, en síntesis,los siguientes argumentos (fls. 67 a 72 y 220 a 225 del Cdno. No. 1):

A folio 54 la demandante anuncia, como anexo No. 6 de la demanda, "Copia auténtica" de la Resolución No. 007176 de junio 13 de 1985, y como anexo No. 7, "Copia auténtica" del Certificado de Renovación del registro 79.824, expedido en cumplimiento de la mencionada resolución, certificado que no debió expedirse o que inexplicablemente se expidió, si se tiene en cuenta que la precitada resolución no estaba en firme, por encontrarse pendiente de decisión un recurso interpuesto contra la misma, apenas resuelto mediante Resolución 003474 de 2 de mayo de 1986.

SECCION PRIMERA

La notificación personal a que se refiere el apoderado de la actora y que obra a folio 23 del expediente, no se surtió, pues no obstante aparecer un sello secretarial, en este no figura la firma del notificador (Secretario de la División de Propiedad Industrial).

Y si bien la verdadera resolución aparece con una firma del notificador, ésta consiste en un facsímil, lo cual quiere decir que no es cierto que la copia de la Resolución 007176 aportada por la demandante sea auténtica. Esto es, aceptándose, en gracia de discusión, que tal copia haya sido tomada del original que reposa inexplicablemente en la Oficina de Registro de la División de Propiedad Industrial.

Nótese también que la rúbrica del Secretario de la División de Propiedad Industrial en el original que se aporta corresponde a una firma abreviada, en tanto que en el documento aportado por la demandante no hay tal firma abreviada y la que allí consta, parece corresponder a la impuesta en el facsímil a que se ha hecho referencia.

Si la "Copia Auténtica" de la Resolución 007176 -anexo 6-, fue tomada de la copia al carbón que reposa en el expediente donde se tramitó la renovación -222.564-, en aquella no debe aparecer un sello de notificación personal que no figura en ésta.

Colígese de lo anterior,que la verdadera notificación de la Resolución No. 0007176 se surtió mediante edicto que obra a folio 35 del expediente donde se tramitó la renovación,lo que quiere decir que dicha providencia quedó notificada tanto al doctor Raisbeck como para el doctor Zuluaga, en la fecha de desfijación del edicto, octubre 29 de 1985 y no en la fecha que inexplicablemente aparece en el sello infirmado (septiembre 12 de 1985) y que si bien aparece una firma del notificado, ella no parece ser la que usualmente utiliza el doctor Raisbeck quien venía actuando en el proceso de renovación.

Así las cosas, la providencia número 007176 no quedaba ejecutoriada sino hasta el 6 de noviembre de 1985, día en que el doctor Zuluaga Vargas radicó su escrito de recurso.

Así que la Resolución 007176, aportada al proceso como copia auténtica del original y presentada como anexo No. 6 (fls. 21, 22 y 23), difiere del mismo en cuanto éste presenta un sello de notificación personal con firma en facsímil, mientras que la copia (folio 23) aportada con la demanda presenta el mismo sello pero sin firma alguna del notificador, lo que hace presumir que la firma en facsímil que muestra el original fue colocada con posterioridad a la expedición de la fotocopia certificada como auténtica y tomada del mismo. Por esta razón

habrá de **tacharse como falso** este documento en lo que hace relación con la presunta notificación personal que, además de la irregularidad anotada presenta una firma del doctor James W.F. Raisbeck que no parece ser genuina, sino simulada, si se le compara con las que obran a folios 1 a 20 del expediente.

También la copia de la Resolución No. 007176 de junio de 1985 (folios 24, 25 y 26) presentada como anexo No. 7 **será objeto de tacha de falsedad** por cuanto el folio 26 difiere del original en la firma del Secretario de la División de Propiedad Industrial, en la supuesta notificación personal que muestra el original y de la que carece el folio 26 de la Resolución que se acompaña como título, lo mismo que en el sitio de colocación del sello donde aparece constancia sobre el pago de los valores correspondientes a los derechos de renovación que aparece colocado al reverso de la hoja No. 3 de la resolución original, en la parte media, mientras que, a folio 27 del expediente, anexo 7 de la demanda, dicho sello aparece colocado en la parte superior de la hoja de una firma diferente a la del sello del original, siendo de advertir también que el folio 27 es una hoja separada, cuando en el original es parte integrante de la resolución por estar colocada al reverso de la última página de la misma resolución.

Pide que se dé trámite a la tacha de falsedad, teniendo como pruebas las que se desprenden de los documentos objeto de la tacha y el original del expediente No. 222.564.

f.- **Intervinientes impugnantes:**

Dentro del término de fijación en lista, dieron contestación a la demanda los intervinientes: Ancízar Gutiérrez Baquero, Montero Gutiérrez & Vesga Ltda. y Pizza Hut Ltda través de un mismo apoderado, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y proponiendo las excepciones que se resumen a continuación (fls. 100 a 113 del Cdno. No. 1):

1.- **Inexistencia de la notificación personal a la parte demandante de la Resolución 7176 de junio 13 de 1985,** pues en la copia auténtica,del expediente 222.564, que se acompaña a esta impugnación no aparece ninguna notificación personal, pues no existe firma alguna del funcionario notificador que de fe de haberse realizado.

2.- **Ineptitud de la demanda por carencia de censura contra el fundamento sustancial de las decisiones administrativas**, el cual consistió en la carencia de prueba de uso de la marca, que seguirá viva e incólume aún en el caso de la prosperidad simplemente procesal de las pretensiones de la demanda.

Ello impide fallar de fondo, y hace inepta la demanda presentada.

3.- **Falta de prueba del uso de la marca**, ya que el solicitante no cumplió con la carga de la prueba de su uso anterior, por lo cual no era de esperarse que su petición fuera atendida favorablemente.

4.- **Inexistencia de poder,** toda vez que éste fue otorgado solo para una acción de nulidad sin restablecimiento del derecho.

5.- **Insuficiencia de poder por razón de los actos acusados,** pues de acuerdo con el poder especial que obra en el expediente, el apoderado sólo está facultado para instaurar una acción de nulidad contra la Resolución No. 3474 del 2 de mayo de 1986, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

g.- **La actuación surtida:**

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, habiéndose acudido, igualmente, para la tacha de falsedad, al trámite previsto en el C. de P. C. , dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

1.- Mediante auto de 10 de febrero de 1987 (fl. 58 del Cdno. No. 1) se admitió la demanda.

2.- Por auto de 24 de julio de 1987 (fls. 114 a 116 del Cdno. No. 1) se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por las partes y por los terceros intervinientes impugnantes en sus respectivos escritos de demanda y contestación a ésta.

3.- Mediante proveído de 24 de julio de 1987 (fl. 7 del Cdno. No. 2) se admitió tramitar la tacha de falsedad propuesta por la parte demandada, ordenándose a la vez correr traslado a las partes del respectivo escrito, por el término legal.

4.- Dentro del anterior término el apoderado de la sociedad actora, a folios 15 a 25 del Cdno. No. 2, responde todos y cada uno de los argumentos sobre los que descansa la tacha de falsedad, concluyendo que no están llamados a prosperar, y solicita la práctica de pruebas, entre las cuales se piden los testimonios de los doctores Hernán Restrepo, quien actuaba como Secretario de la División de Propiedad Industrial, y James W. F. Raisbeck.

También dentro de este término solicitó la práctica de pruebas el apoderado de los intervinientes impugnantes (fls. 26 del Cdno. No. 2).

5.- Por auto de 23 de octubre de 1987 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes sobre la tacha de falsedad,al igual que de oficio se decretó, sobre el mismo aspecto, una prueba pericial (fls. 28 a 29 del Cdno. No. 2).

6.- Mediante proveído de 6 de febrero de 1992 (fl. 202 del Cdno. No. 1) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso todas las partes, mas no la Agencia Fiscal (fls. 203 a 205, 207 a 219 y 220 a 225 del Cdno. No. 1).

7.- Por auto de 6 de marzo de 1992 (fl. 227 del Cdno. No. 1) se concedió la práctica de audiencia pública solicitada por el apoderado de la parte actora, la cual se llevó a cabo el 18 de junio del mismo año, habiéndose hecho grabación magnetofónica de la misma (el cassette respectivo se halla a folio 288 del Cdno. No. 1), que se encuentra transcrita a folios 257 a 287 del mismo cuaderno, sin que fuera objeto de observación alguna por las partes que en ella intervinieron,las que presentaron en tiempo resumen escrito de sus intervenciones, las que obran a folios 231 a 244, del apoderado de la demandante; 245 a 247 del apoderado de la demandada, y 248 a 255 del apoderado del interviniente impugnador Ancízar Gutiérrez Baquero, todos los folios del Cdno. No. 1.

h.- **La audiencia pública:**

En ésta los apoderados de las partes básicamente reiteran sus argumentaciones expuestas a través del proceso (en la demanda, en las contestaciones a ésta, en la oposición a la tacha de falsedad y en sus alegatos de conclusión).

Respecto de la tacha de falsedad, el apoderado de la demandada manifestó que está probado con dos dictámenes periciales rendidos en este proceso, que la firma impuesta en el sello de notificación personal no corresponde a la del doctor James W. F. Raisbeck, conclusión que reitera, con apoyo en la misma prueba, el apoderado del impugnador Ancízar Gutiérrez Baquero.

Este procurador judicial se extiende y enfatiza en lo relativo al fenómeno de la oposición dentro del trámite de la renovación o prórroga del registro marcario, aduciendo, contra lo expuesto por la actora, que la estima improcedente a la luz de la ley y de la jurisprudencia de esta Corporación (cita sentencia de 1940), que hoy, conforme a los artículos 3°, 14, 15 y 46 del C.C.A., sí es viable la intervención de terceros en la actuación administrativa, así sólo sea en interés de la mera legalidad.

Por su parte el apoderado de la actora insiste en sus puntos de vista anteriormente expuestos. Se apoya también en la declaración juramentada del doctor James W. F. Raisbeck, quien afirma ser suya la firma que de él mismo se cuestiona, y en el informe técnico rendido por el grafólogo Rodolfo Valero y Borrás a nombre de aquella parte, para concluir, con respecto a la tacha de falsedad, que la firma del doctor Raisbeck es auténtica.

El apoderado sustituto de las sociedades intervinientes Pizza Hut Ltda. y Montero Gutiérrez y Vesga Ltda., renunció al uso de la palabra aduciendo que no se había aportado nada nuevo al proceso.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En el término del traslado para alegar de conclusión, como atrás se dijo, la señora Agente del Ministerio Público guardó silencio.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A.- La tacha de falsedad:

Al haberse formulado por la Superintendencia de Industria y Comercio tacha de falsedad de los documentos aportados como anexos 6° y 7° de la demanda, corresponde a la Sala, frente a la filosofía contenida en la preceptiva del inciso tercero del artículo 289 del C. de P. C., determinar, primeramente, si dicha tacha es admisible o no, según tenga o no influencia en la decisión que ha de tomarse en este proceso.

El primer argumento de la tacha de falsedad consistente en que la copia de la Resolución 007176 de 13 de junio de 1985 que se adjuntó a la demanda como anexo 6 no coincide con el "original" de dicha Resolución que reposa en los archivos de la División de Propiedad Industrial, pues en la copia de aquélla falta la firma del notificador en el sello de notificación de fecha 12 de septiembre de 1985, firma que sí aparece en facsímil en el mencionado sello de notificación del "original" de la referida Resolución que obra en los archivos de la aludida División.

Como quiera que con este argumento no se pone en tela de juicio el contenido ni la veracidad del acto administrativo aportado por la actora como prueba de la expresión de la voluntad de la administración, amén de que en los tres folios que lo conforman se da fe por el Secretario de la División de Propiedad Industrial de que dicha copia fotostática coincide con el original que ha tenido a la vista, descarta cualquier influencia que la mencionada observación elevada a rango de falsedad documental pueda tener en la decisión de este proceso, pues

ello de suyo es completamente irrelevante, máxime si se tiene en cuenta que apareciendo como en efecto aparece, la firma del notificado, ello implica al menos una notificación por conducta concluyente, pues al firmar en el sello de notificación, el 12 de septiembre de 1985, está indicando que en ese momento se entera de la providencia en la cual al final de la misma estampaba su firma,lo cual es presupuesto suficiente para las consideraciones procesales administrativas pertinentes que hubiere lugar a hacer en este juicio.

De otra parte, como la notificación tiene que ver sólo con la eficacia de la decisión artículo 48 del C.C.A. la que está en el presente caso, contenida en la Resolución 007176 de 1985, cuya copia aportada al proceso como auténtica se cuestiona de falsa, el aparecer o no en ésta la firma del notificador, se constituye en omisión carente de influencia en la decisión que haya de tomarse en este juicio.

Y el que aparezca la firma del notificador en facsímil en el mencionado sello de notificación que ostenta, no propiamente el original de la Resolución, como lo afirma la demandada, sino en una copia al carbón que obra a folios 32, 33 y 34 del Anexo No. 3, -en la nueva numeración, folios 35, 36 y 37-, que corresponde al expediente administrativo 222.564, por la misma razón precedente se torna en elementos sin ninguna incidencia en la decisión de este proceso.

Lo mismo ocurre con respecto a los argumentos consistentes en que en el "original" de la Resolución 007176, de 1985 aportado por la demandada (observa la Sala que tal "original", así llamado por la Superintendencia en su contestación de la demanda y en sus otros escritos, es una copia al carbón, como ya quedó dicho) , aparece un sello de notificación que no consta en el documento aportado como anexo 7 de la demanda y la rúbrica del Secretario de la División de Propiedad Industrial corresponde a una firma abreviada que no existe en el aportado por el demandante mientras que la que allí aparece (fol. 26 del Cdno. No. 1) , - dice textualmente la demandada-, "parece corresponder a la impuesta en el facsímil", pues tales argumentos también devienen inanes frente a la decisión que ha de tomarse en relación con las pretensiones de la demanda, toda vez que ellos están relacionados directamente con el argumento relativo a la falta de firma del notificador en el sello de notificación a que se ha aludido en los párrafos iniciales de, estas consideraciones.

Otro argumento con el cual se ataca de falsos los anexos 6 y 7 de la demanda consiste en que no coincide el sitio en que aparece el sello de pago de los impuestos en el "original" de la Resolución 007176 con el sitio en que aparece dicho sello en el documento aportado como anexo de la demanda.

SECCION PRIMERA

Teniendo en cuenta que, según afirma la actora, y lo reconoce expresamente la Superintendencia en la contestación de la demanda, el certificado de renovación de registro, entregado a Pizza Hut Inc. en cumplimiento del artículo 5° de la parte resolutiva de la Resolución 007176 de 1985, ostenta nota de autenticación, según la cual coincide con el original qué el Secretario de la División de Propiedad Industrial ha tenido a la vista, y que dicho original coincide en su contenido con el "original" -copia al carbón- aportado por la demandada, aunque en éste no aparece signo visible alguno de sello de pago de impuestos, releva a la Sala de cualquier consideración al respecto, pues lo que está probado es que el pago citado se realizó y frente a ello y a este proceso poco importa que el sello que prueba el pago aparezca en sitio diferente en una de las copias o no aparezca en una de ellas.

Finalmente, en cuanto a la tacha de falsedad consistente en que la firma del doctor James Raisbeck colocada en el sello de notificación el 12 de septiembre de 1985 "...no parece ser la que usualmente utiliza el Doctor Raisbeck...", la Sala observa lo siguiente:

Por Resolución 007176 de 13 de junio de 1985, que aporta la actora en fotocopia autenticada por la División de Propiedad Industrial como anexo 6 de la demanda (fls. 21 a 23 del Cdno. No. 1), se concedió -artículo 4° de la parte resolutiva-, la renovación del registro correspondiente a la marca Pizza Hut.

Por el artículo 2° de la misma providencia se resolvió "Rechazar" por improcedente el escrito presentado por el Dr. Zuluaga V., radicado el 24 de octubre de 1984".

A través de dicho escrito, según se desprende de las consideraciones del acto administrativo citado, se solicitó, en nombre de Ancízar Gutiérrez Baquero, de la División de Propiedad Industrial, denegar la renovación pedida por Pizza Hut Inc. aduciendo deficiencia probatoria sobre el uso de la mencionada marca.

En el artículo 6° de la aludida Resolución se dispuso que contra ella procedían los recursos de ley dentro de los 5 días siguientes a su notificación personal o de la desfijación del edicto.

Al pié de la Resolución hay una constancia de notificación personal con fecha 12 de septiembre de 1985, hecha al señor James W. F. Raisbeck, dándole a conocer su contenido, quien aparece firmándola, firma que se tacha por la demandada como falsa, aduciendo que "no parece ser la que usualmente utiliza el Doctor Raisbeck".

La idea que surge a primera vista es que si el doctor James Raisbeck, como apoderado de Pizza Hut Inc., sociedad a la cual beneficiaba la Resolución 007176 de 1985 no se notificaba personalmente de este acto, lo sería a través de notificación por edicto, como lo previene la ley y se consignó, de igual manera, en el texto de dicha Resolución, en su artículo 6°.

Por este último mecanismo se notificaría de la misma Resolución el apoderado de Ancízar Gutiérrez Baquero, a quien se le había denegado su intervención "por improcedente", teniendo así la oportunidad, dentro del término de ejecutoria, de interponer los recursos de ley, como en efecto lo hizo con el resultado que se conoce.

En cuanto a la demandante, Pizza Hut Inc., dado que la providencia le beneficiaba, la Sala considera que a ella no le representaba ningún beneficio procesal el que se notificará de la mencionada resolución personalmente o por edicto, máxime si se tiene en cuenta que en ella se había consignado, en sus considerandos, que en el procedimiento de renovación de la marca no se permitían oposiciones.

Por lo demás, hubo también, como se acaba de señalar, la notificación por edicto de la resolución número 007176, dentro de cuya ejecutoria Ancizar Gutiérrez Baquero, a través de su apoderado, impugnó las razones aducidas por la División de Propiedad Industrial para rechazar su intervención en el trámite de la renovación del registro marcario Pizza Hut.

Así que la presunta falsedad por parte del doctor Raisbeck, planteada por la entidad demandada, carece de significación alguna en la decisión que ha de tomarse en este proceso, cuyo objeto esencial es, precisamente, si en un trámite de renovación de registro marcario pudiera aceptarse oposiciones.

No se admitirá, en consecuencia, la tacha de falsedad propuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio en la contestación de la demanda. Sin embargo, se enviarán al juez penal competente las copias necesarias para la correspondiente investigación, a voces con lo dispuesto en la parte final del inciso 1° del artículo 291 del C. de P.C.

B.- **Las excepciones propuestas:**

Corresponde enseguida a la Sala el examen de las excepciones propuestas por los terceros, a lo cual se procede así:

SECCION PRIMERA

Primera excepción.- Se funda en que no existe notificación personal a la parte demandante de la Resolución 7176 de 13 de junio de 1985, aduciéndose que no aparece firma del notificador que dé fe de haberse realizado.

Es suficiente reiterar aquí las razones expuestas por la Sala con ocasión de la tacha de falsedad fundada en este mismo argumento. En efecto, como quiera que con él no se pone en tela de juicio el contenido ni la veracidad del acto administrativo aportado por la actora como prueba de la expresión de la voluntad de la administración, amén de que en los tres folios que lo conforman se da le por el Secretario de la División de Propiedad Industrial de que dicha copia fotostática coincide con el original que ha tenido a la vista, ello descarta por completo la prosperidad de la excepción, máxime si se tiene en cuenta que aparece la firma del notificado en el sello de notificación, que lleva fecha 12 de septiembre de 1985, lo que implica al menos una notificación por conducta concluyente.

De otra parte, y como también se acotó en el examen de la tacha de falsedad, la notificación tiene que ver sólo con la eficacia de la decisión mas no con la validez del acto administrativo.

Segunda excepción.- Se alega ineptitud de la demanda por cuanto ésta no contiene censura contra el fundamento sustancial de la decisión administrativa.

Las cuestiones sobre las cuales recaen las censuras las señala la parte actora. Ellas pueden referirse a aspectos sustantivos, procedimentales o a simples irregularidades. De todas maneras las puntualiza la demandante, sin que tenga que circunscribirse forzosamente, como lo pretenden los impugnantes en el caso *sub lite*, a aspectos sustanciales de los actos acusados.

Es la accionante quien consigna en su *libelo* las razones con las que pretende demostrar que determinado acto administrativo vulnera el orden jurídico, o éste y derechos particulares, señalando los defectos sustanciales o meramente formales que estima son causa de la nulidad de aquél, y si hay lugar o no a restablecimiento de derecho, según el caso.

El que se examine o no lo que los impugnantes destacan como "carencia de prueba de uso de la marca", depende, entonces, de que esté o no este punto planteado en la acusación; y, en aquel evento, su significación o alcance procesal se hará cuando se haga el estudio del correspondiente cargo.

La excepción, pues, no prospera:

Tercera excepción.- Se funda en que no se cumplió con la carga de la prueba del uso anterior de la marca Pizza Hut.

Como su fundamento es sustancialmente idéntico al inmediatamente anterior, habrá de deducirse, entonces, igual conclusión, es decir, su improsperidad.

Cuarta y Quinta excepciones.- Con estas excepciones, los impugnantes derivan una inexistencia de poder por insuficiencia del mismo, consistente en que se otorgó pero sólo para instaurar una acción de nulidad.

Del poder, cuya traducción obra a folios 2 y 3 del cuaderno 1, se desprende que fue otorgado para instaurar una acción de nulidad contra la Resolución 3474 de 2 de mayo de 1986, al igual que contra la Resolución 1322 de 14 de agosto de 1986 que confirmó aquella, por medio de las cuales fue negada la renovación del registro 79.824 de 28 de mayo de 1973.

En el texto de dicho poder también se lee que se faculta a los apoderados para "... hacer todos los trámites necesarios para proteger los intereses de nuestra compañía en relación con este caso".

El apoderado, interpretando el referido poder, y presumiblemente de manera especial esta última referencia, y sin duda teniendo en cuenta que obteniendo la nulidad de las aludidas resoluciones 'se produciría automáticamente el restablecimiento del derecho al cobrar vigencia la Resolución 007176 que concedió la renovación del referido registro, no dudó en ejercitar la acción que de conformidad con la ley era la técnicamente adecuada y se ajustaba a la finalidad contenida en el poder.

Por tales razones no puede darse un despacho favorable a estas excepciones.

C.- **Análisis de los cargos:**

El aspecto sustancial del debate se centra básicamente en los cargos segundo y tercero, en el cual se cuestiona la intervención de un "tercero" en el trámite de renovación de un registro marcario, el cual, según la actora, es una actuación administrativa que se desenvuelve sólo entre el dueño de la marca, en el presente caso, Pizza Hut, Inc. , y la administración, en este evento, la Superintendencia de Industria y Comercio. Y, por ende, dice, no es procedente hacer allí oposiciones por terceros.

SECCION PRIMERA

En su intervención en la audiencia pública que se llevó a cabo en este proceso, el apoderado de la actora, insistiendo en su punto de vista, manifestó que ese era el que venía sosteniendo tradicionalmente la Superintendencia de Industria y Comercio, y que en una Resolución de 4 de junio de 1992, donde se mantiene la tesis de siempre, salvo en este caso excepcional, destaca, se sostuvo que "dentro del trámite previsto para la renovación de una marca y de acuerdo con las leyes que rigen los asuntos marcarios, no se prevé la intervención de, terceros, tesis que, dice, es la sostenida por el Consejo de Estado desde un fallo de 1940.

La decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incorporada a nuestra legislación nacional por el Decreto 1190 de 1978, vigente para la época en que se dictaron los actos acusados, contiene un Capítulo, el III (artículos 56 a 71), dedicado a las Marcas cuya Sección I contempla los requisitos para su registro; y su Sección II, el procedimiento para dicho fin, donde está previsto que la solicitud respectiva, si no mereciere observaciones por la administración, o fuere complementada debidamente, deberá ser publicada (un extracto de ella) para que dentro de los treinta días siguientes cualquier persona pueda oponerse a su registro (art. 65), y en los artículos 66 a 68 consagra el trámite de las oposiciones.

El artículo 69 previene que el registro de una marca tendrá una duración de cinco años contados desde la fecha de su otorgamiento y podrá renovarse indefinidamente por períodos de cinco años (hoy, conforme al artículo 87 de la Decisión 313), que sustituyó la Decisión 311 la cual a su vez había sustituido la Decisión 85, la duración es de diez años renovables por períodos sucesivos de diez años). El 70 estatuye que para tener derecho a la renovación, el interesado deberá demostrar, ante la oficina nacional competente, que está utilizando la marca en cuestión en cualquier país miembro. Cierra esta Sección II el artículo 71, el cual prescribe que esta oficina ordenará la publicación de las marcas registradas en un órgano de publicidad adecuado.

El artículo 5° del Decreto Reglamentario 753 de 1972 estableció que la renovación del registro de una marca deberá solicitarse dentro de los seis meses anteriores a la fecha del vencimiento del registro de la marca (disposición que ha sido recogida en el artículo 88 de la citada Decisión 313, la cual agregó que el titular de la marca gozará además de un plazo de seis meses posteriores a la fechas de vencimiento del registro, para solicitar la renovación, y que transcurrido dicho plazo cualquier persona podrá solicitar el registro).

La preceptiva precedente, al igual que las disposiciones vigentes del Código de Comercio relativas a este tema, no consagran previsión no hay normativa

alguna que permita en el trámite de renovación del registro de una marca la intervención de terceras personas para oponerse a ella,

La oposición sólo se previó, como se, puede evidenciar en, la normatividad aludida, para cuando se tramita la solicitud de registro de una marca. En el evento de que se solicite su renovación, su trámite se circunscribe a una relación entre el interesado y la administración, como así lo destacó la actora, y se infiere directamente del contenido del artículo 70 de la Decisión 85.

Sobre esta materia, el Consejo de Estado, con ponencia del doctor Gustavo Hernández Rodríguez, profirió, el 23 de octubre de 1940, sentencia en la que fijó el siguiente criterio que en sentir de la Sala mantiene su validez y es perfectamente aplicable al caso *sub judice.*

> "... se hace necesario resolver si a la renovación de una marca de fábrica o comercial, deben aplicarse las disposiciones de la ley como si se tratara de un registro.
>
> "Es fácil contestar que no, en primer lugar porque lo habría dicho el legislador si así lo hubiera querido, cuando habló de renovación, y porque la lógica jurídica no lo exige. Cuando se pide el registro de una marca de fábrica o comercial, se admiten las oposiciones porque se va a crear, por decirlo así, el reconocimiento del derecho, y ese paso puede chocar con otros intereses, pero cuando se renueva el registro o lo que es lo mismo cuando se prolonga el reconocimiento del derecho, no hay oposición que admitir, porque para ejecutar ese derecho hubo una oportunidad que fue aquella brindada dentro de la tramitación para hacer el registro. Ante el hecho cumplido del registro o de su renovación no queda sino la acción consagrada por el artículo 37 de la Ley 31 de 1925, o sea la demanda para que sea cancelado el registro. Cuando se solicita una renovación, se está frente de un registro, y este hecho no se puede desconocer para sobre su rechazo decir que en caso de renovación se admitirá oposición como si se tratara de un registro, lo que equivaldría a decir, todo esto que existe, es decir el registro llevado a cabo después de agotada la tramitación nada vale, debe procederse como si eso no hubiera existido.. . . . . El derecho exclusivo a usar la marca Café París está reconocido, se pide su renovación, seguir gozando del derecho que se tiene, que es distinto de atribuir el derecho, que fue lo hecho al registrar la marcas". (Anales 1940, Tomo 43, núms. 296-298; año XXII).

En la misma audiencia pública a que se ha,hecho referencia, donde se reiteran los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, el apoderado de los impugnantes en forma clara expresa que es cierto que en materia de

renovaciones al registro de marca no caben las oposiciones; que nadie las ha presentado, sino que simplemente se hizo una intervención que la autoriza el C.C.A. a través de los artículos 3°, 14, 15 y 46, aparte de que en interés de la mera legalidad puede hacerla.

Independientemente de la calificación o interpretación que los impugnantes hacen de su actuación en la vía gubernativa con motivo de la renovación solicitada por Pizza Hut, Inc., lo cierto es que la invocación de la aludida preceptiva para pretender justificar su oposición, no desvirtúa las consideraciones precedentes, máxime cuando expresamente aceptan que en el trámite de renovación de marcas no caben las oposiciones.

Y si como ellos mismos afirman, su interés era solo el de defender la mera legalidad, el cambio escogido resultaba equivocado para lograr tal propósito.

Ahora bien, aceptando que era procedente la notificación por edicto de la Resolución 007176 de 13 de junio de 1985, que había concedido la renovación de la marca Pizza Hut, para notificar el apoderado del señor Ancizar Gutiérrez Baquero, a quien se había rechazado su intervención por improcedente, resulta claro, conforme a los considerandos precedentes, que aquella Resolución no podía ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito de Pizza Hut, Inc. pues por dicho acto administrativo se accedía a la renovación de su marca Pizza Hut, por cinco años, lo que constituía un derecho particular y concreto, el cual no se podía revocar sin su anuencia, por ser su titular, a voces con el artículo 73 del C.C.A. que resulta así vulnerado, como se estimó en el primer cargo.

Al prosperar los argumentos esgrimidos en estas tres iniciales censuras, se hace innecesario el examen de las restantes.

En cuanto al restablecimiento del derecho, como lo que pide la actora es que se declare que el registro No. 79.824 para la marca Pizza Hut queda vigente hasta el 28 de mayo de 1988, y a pesar de que el restablecimiento del derecho, se daría automáticamente con la declaratoria de nulidad que habrá de preferirse en la parte resolutiva, en virtud de tal solicitud habrá de declararse la citada vigencia hasta por el término por el que fue concedida la renovación del certificado 79.824 correspondiente a aquella marca, de propiedad de Pizza Hut, Inc.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- INADMITESE la tacha de falsedad propuesta por la parte demandada.

Segundo.- Por la Secretaría, envíense a la Fiscalía General de la Nación copia de la contestación de la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio; del Cuaderno No. 2, que contiene el trámite del incidente de tacha de falsedad; del Anexo No. 2, que contiene fotocopia del expediente No. 222.564; así como de la presente sentencia, para la investigación a que hubiere lugar, conforme a lo expuesto en la parte motiva. Igualmente, envíese a dicha dependencia del Estado las reproducciones fotográficas de los documentos objeto de tacha de falsedad, las cuales conforme al auto de 24 de julio de 1987 (fl. 7 Cdno. No. 2), se encuentran bajo custodia del Despacho del Consejero Ponente y cuya relación se hará al cumplirse la presente orden.

Tercero.- Decláranse NO PROBADAS las excepciones propuestas por los impugnantes.

Cuarto.- Declárase la nulidad de las Resoluciones 003474 de 2 de mayo de 1986 y 1322 de 14 de agosto del mismo año, proferidas por el Jefe de la División de Propiedad industrial y por la Superintendente de Industria y Comercio, respectivamente.

Quinto.- En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, declarase la vigencia del registro No. 79.824 de mayo 28 de 1973 hasta el 28 de mayo de 1988, fecha hasta la cual, según los términos de la Resolución 007176 de 13 de junio de 1985, se concedió la renovación de la marca Pizza Hut, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sexto.- Publíquese este fallo en la Gaceta de Propiedad Industrial.

Séptimo.- Condénase en costas a los impugnantes, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A. en concordancia con el artículo 392 del C.de P.C.

Octavo.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

*Miguel González Rodríguez,*Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PREAMBULO - Naturaleza

El preámbulo de la constitución resulta violado, si es que puede decirse que un preámbulo es susceptible jurídicamente de violación. Dicho parágrafo inicial de la Carta es solamente una presentación de la misma, un prólogo, un exordio que anuncia lo que viene en la obra que se está precediendo; no es una norma en sí sino la introducción de las normas supremas de la República.

EMCOPER - Reestructuración / GOBIERNO NACIONAL - Facultades SUPRESION DE EMPLEOS / DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia / PREVALENCIA DEL INTERÉS PUBLICO

Si el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 tenía facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades descentralizadas del orden nacional con el fin de ponerlas en consonancia con los preceptos de la Carta Política, tales facultades llevan ínsita la de crear, fusionar y suprimir empleos. Si bien existe el derecho al resarcimiento y a las indemnizaciones para los trabajadores oficiales a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la determinación que se toma en el artículo primero del acto demandado, no podría alegrase por parte de éstos un derecho de inamovilidad pues estaría sobreponiéndose el interés particular al bienestar general y se contradiría, ahí sí en forma flagrante la filosofía que inspira la Constitución de 1991.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2392 - DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: ORLANDO CÁRDENAS SANABRIA.

El actor de la referencia ha solicitado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto No. 2144 del 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional "Por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.-".

EL PETITUM.

Solicita el demandante:

1. Que se declare la nulidad por inconstitucionalidad de la totalidad del Decreto 2144 (artículos 1o. al 127) del 30 de diciembre de 1992, expedido por el señor Presidente de la República, "Por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.".

2. Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga final a la presente acción, se comunique a la autoridad que profirió el acto, para los efectos legales del caso.

NORMAS SUPERIORES CITADAS COMO VIOLADAS.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Según el actor, las siguientes normas fueron violadas con la expedición del acto acusado: el preámbulo y los artículos 1°., 2°., 25, 53, 58, 60, 122, 123, 150 numeral 7°, 189 numerales 14, 15 y 16, 209, 210, 345, 365, 374 y 20 transitorio de la Constitución Política.

Al expresar el concepto de la violación, comienza afirmando que "el decreto en mención viola el artículo 20 transitorio ya que si se fija el alcance de las facultades otorgadas al gobierno nacional que fueron solo para suprimir, fusionar o reestructurar, y en el caso del decreto acusado no se realizó ninguno de estos fines, pues se desprende claramente que lo que se hizo fue hacer una transformación que da lugar a la creación de una entidad totalmente diferente para los fines en que (sic) fue creada".

El segundo cargo es la violación del artículo 150, numeral 7°. que atribuye al Congreso, por medio de las leyes, la función de determinar la estructura de la

administración nacional. Al Gobierno Nacional, dice el demandante, no le está autorizada la creación de entidades del orden de sociedades de economía mixta y luego transformarlas con el fin de crear una sociedad de tipo privado.

Dice por otra parte que los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°., 8°., 9°., 10°., 11, 12, 13, 14 y 15 del Decreto acusado, "consagran la disposiciones laborales transitorias y el procedimiento para la supresión de empleos, la previsión (sic) de cargos y traslado de trabajadores oficiales, así como también las indemnizaciones de los empleados de dicha entidad que a la vez son violatorios del preámbulo y de los artículos 2°. 25, 53, 58, 122 y 123...".

Apoyándose en una sentencia de la Corte Constitucional, según la cual "Uno de los elementos esenciales en la estructura de las instituciones colombianas ha venido siendo desde 1936 y con mayor énfasis a partir de la Carta del 91, el valor del trabajo", afirma el demandante que con las estipulaciones consagradas en las normas mencionadas, queda totalmente desprotegido el derecho fundamental al trabajo, generándose inestabilidad y caos en los cargos, el desconocimiento de la carrera administrativa en detrimento de la eficacia y verdadera eficiencia y responsabilidad de la función pública. Sostiene además que con la supresión de los empleos se lesionan la justicia, la igualdad, la libertad y la estabilidad laboral, "principios mínimos en el sentido de que constituyen presupuesto necesario y obligatorio de las normas que el Congreso apruebe al expedir el estatuto del trabajo".

Se viola también claramente, según el libelista, el artículo 60 inciso 2°. de la Constitución, por cuanto es a la ley a la que corresponde reglamentar la materia y por tanto "el gobierno no tiene ninguna injerencia en un caso tan concreto y que le debe corresponder a un órgano diferente como es el Congreso".

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA.

Al contestar la demanda la señora apoderada de EMCOPER S.A. y del Ministerio de Agricultura, se refiere a cada uno de los hechos y de los cargos contenidos en la misma. Sobre los primeros, sostiene que con la expedición del Decreto 2144 de 1992 el Gobierno procedió a ejecutar el mandato constitucional contenido en el artículo transitorio 20 de la Constitución, con el fin de poner las entidades allí mencionadas, en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y que "al determinar que cese la participación de las empresas estatales en la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos EMCOPER S.A., no hubo exceso en la ejecución de la orden dada por la Constitución, ni se compromete la estabilidad económica, laboral y

social de sector alguno de la comunidad así como tampoco se está creando entidad alguna ni se están usurpando las facultades del Congreso.

Sobre las normas supuestamente infringidas, comienza la respondiente haciendo referencia al artículo transitorio 20 de la Constitución. Sobre el tema, manifiesta que "en primer término, vale la pena tener en cuenta que la sociedad Empresa de Comercialización de Productos Perecederos EMCOPER S.A., es una entidad de las que se conocen como sociedades de economía mixta. Mediante este tipo de sociedades, el Estado se asocia con los particulares para el desarrollo de una actividad. (...). Por ello, la forma de hacer cesar la sociedad para efectos del estado, es mediante la determinación del cese de participación de las entidades estatales en ésta, con lo cual, para efectos del Estado simplemente se suprime una entidad estatal.

"Es obvio que con el retiro de las entidades del Estado la naturaleza de EMCOPER S.A. cambia para tornarse en una sociedad anónima de índole privada. Pero lo anterior es una consecuencia de el contenido del Decreto 2144. Por ello no se puede afirmar que el mencionado Decreto crea entidades del orden administrativo pues ello es completamente ajeno a la realidad".

En conclusión, dice la señora apoderada que con la expedición del acto demandado se suprimió, para efectos del Estado, una entidad cuyas funciones pueden ser ejercidas por los particulares, pero no crea entidades administrativas sino que suprime la participación del Estado en una sociedad de economía mixta.

En cuanto al cargo consistente en que al Gobierno Nacional lo está autorizado crear entidades del orden de sociedades de economía mixta y luego transformarlas con el fin de crear una sociedad de tipo privado, violándose así el artículo 150 numeral 7 de la Constitución, concluye la respondiente después de luengas consideraciones y citas jurisprudenciles, que "Al expedir el Decreto No.2144 de 1992 el Gobierno Nacional no incurrió en violación alguna del artículo 150 numeral 7 de la Constitución. Simplemente dió cumplimiento a la orden contenida en el artículo 20 transitorio, en desarrollo de la cual, durante un lapso de tiempo determinado por dicho mandato constitucional se le otorgó el ejercicio de atribuciones que de ordinario se encuentran en cabeza del Congreso, pero que por voluntad expresa del constituyente le fueron asignadas".

Ratifica entonces que el decreto demandado no crea entidades administrativas del orden nacional ni entidades de índole privada.

El tercer cargo del demandante que alude a la violación por parte del decreto demandado, del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 25,

53, 60, 122 y 123; es respondido por la contraparte con la afirmación de que tal violación no se produce, por las siguientes razones:

El Decreto 2144 se expidió para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 20 transitorio de la Constitución. Se da así también desarrollo a los fines esenciales consagrados es el artículo segundo de la misma Carta.

La determinación de desvinculaciones laborales y la supresión de empleos no vulnera los derechos consagrados en el artículo 25 de la Constitución, pues los perjuicios son compensados por la vía del régimen especial de indemnizaciones contenido en el mismo decreto.

En el Decreto 2144 de 1992 se marca la prevalencia del interés común consagrado en la Constitución. "Como lo ha sostenido la jurisprudencia, la organización y funcionamiento de la administración no pueden estar limitadas por situaciones de índole personal, pues se trata de normas de derecho público que atienden el interés supremo de la colectividad". Con esas disposiciones no se vulnera la protección de la propiedad privada contenido en la Constitución.

Tampoco se vulnera, dice la memorialista, lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, ya que no se refiere a la forma en que se llevará a cabo el cese de participación del Estado en dicha sociedad. Agrega que sin embargo, al tratarse de una empresa que tiene la forma de sociedad regulada por la ley, la venta de sus acciones sólo puede llevarse a cabo según el sistema estatutario de la misma.

En la oportunidad para alegar en conclusión ambas partes se hicieron presentes para respaldar sus solicitudes. El demandante, en conclusión de su sucinto memorial, afirma que "lo que se ataca como inconstitucional del Decreto 2144 de 1992, es su falta de consonancia con los mandatos de la Carta, la violación de los términos para efectuar su "modernización", el desconocimiento de los derechos de sus funcionarios, y la entrega de una entidad que presta un importante servicio público, que es patrimonio de todos los colombianos a la voracidad de unos pocos empresarios privados, que solo buscan su lucro particular". La señora apoderada de la parte demandada, en un extenso memorial, reitera las razones que había expuesto para oponerse a la pretensión de la demanda y hace a la vez una serie de lucubraciones y citas de orden jurisprudencial, constitucional, doctrinal, histórico, jurídico, sociológico y gramatical en sustentación de sus argumentos. A ellos habrá de hacerse referencia, en lo que fuere pertinente, en las consideraciones de esta providencia.

SECCION PRIMERA

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, al conceptuar sobre el asunto del proceso expuesto a su consideración, estima que "la facultad del gobierno al respecto era una facultad reglada y no discrecional, encasillada dentro de los justos límites trazados en la norma. Así, debió el gobierno sujetarse, en el ejercicio de su cometido, tanto al plazo como a las recomendaciones de los expertos, a las específicas modalidades previstas en relación con la existencia y estructura de las entidades y a la finalidad expresa que fijó el constituyente".

Haciendo concreta relación al decreto demandado, manifiesta la funcionaria que "aunque el epígrafe del Decreto exprese "Por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos EMCOPER S.A.", la real decisión fue la de suprimir la entidad de la nómina de entidades estatales. Y como en la autorización constitucional (artículo 20 transitorio) estaba prevista la supresión como una de las alternativas permitidas, no cabe duda de que por este aspecto el Decreto se ajusta al marco de la competencia constitucional dada al gobierno".

En cuanto a las disposiciones laborales, conceptúa que el gobierno se limitó a reglamentar sobre la reubicación de los trabajadores oficiales y a reproducir las previsiones legales vigentes obre indemnizaciones y prestaciones de los trabajadores retirados a causa de la supresión de sus empleos estimando, en conclusión, que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas.

LA SALA CONSIDERA:

Constituyendo el artículo transitorio 20 de la Constitución la columna fundamental de la controversia que entra a definirse, y debiéndose hacer en estas consideraciones continua referencia a su contenido, se transcribe éste a continuación a fin de hacer más ágil su consulta.

> "Art. transitorio 20.- El gobierno nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una comisión conformada por tres expertos en administración pública o derecho administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el gobierno nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurara las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional con el fin de ponerlas en consonancia

con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece".

El acto demandado es el Decreto número 2144 del 30 de diciembre de 1992 expedido por el Presidente de la República, "Por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A."

El Decreto en mención está dividido en tres capítulos con disposiciones perfectamente delimitadas unas de otras. El primero determina el cese de una participación; el segundo contiene las disposiciones laborales transitorias atinentes a ese cese de la participación y a la consecuentes indemnizaciones; el tercero contiene las disposiciones varias que se reducen a dos: las autorizaciones presupuestales y la vigencia del Decreto.

La determinación principal, respecto de la cual las demás son meramente secuelas lógicas, está contenida en el capítulo primero, cuyo único artículo dispone:

"ARTICULO 1°. Cese de la participación. De conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes, la Nación -Ministerio de Agricultura, el instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA-, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, dejarán de participar en la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.-, dentro de un plazo no mayor de un (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto".

Al tomarse esta determinación, es lógico que de ella se derive como consecuencia la supresión de empleos y la consiguiente desvinculación, de los trabajadores oficiales que los desempeñaban. La terminación de la vinculación y de los contratos de trabajo, está regulada en el capítulo y artículos subsiguientes, del 2o. al 15.

Leyendo todo el texto del decreto en cuestión, no se encuentra ni una sola disposición que le dé sustento al epígrafe del mismo: "Por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.-".

En esa equívoca redacción de su objetivo, que por lo demás no hace parte sustancial del acto, radica el motivo de la demanda. En efecto:

Explica el nulidiscente en la exposición de los hechos de la demanda, que "El Gobierno Nacional al querer reestructurar la mencionada entidad lo que

está haciendo, es creando una nueva, ya que se desprende como consecuencia lógica que si dicha entidad es del carácter de Sociedad de Economía Mixta donde la participación del Estado es de más del 90%, y al cesar dicha participación pasará a ser de **carácter privado**, lo que quiere decir que el Gobierno Nacional se excede en las atribuciones del artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, en la cual no está facultado para **crear** sino únicamente para **suprimir, fusionar o reestructurar**".

Pero no; se colige a simple vista sin necesidad de entrar en muchas deliberaciones, que no hay por qué escudriñar más allá de lo que dice el texto para buscar intenciones oscuras en sus objetivos cuando el fin único, o "*modus faciendi*" para emplear la precisa calificación del derecho romano, era el de suprimir la empresa EMCOPER como sociedad de economía mixta del orden nacional, en cuanto correspondía a la competencia del gobierno conferida por el artículo transitorio 20 de la nueva Constitución. No hay, puede admitirse, concordancia entre la titulación del decreto y, lo que en él se dispone; pero es sabido también que su fuerza vinculante está en la parte resolutiva, no en el preámbulo.

Ninguno de los artículos del decreto hace referencia a la hipotética sociedad de carácter privado en que se convertiría EMCOPER- una vez cese la participación según como lo dispone el artículo primero del acto acusado. Pero es que, además, ninguna injerencia tendría el gobierno en tal ente pues, al no poseer acciones en el mismo, mal podría participar en su reestructuración y, menos aún, disponerla por decreto.

A este respecto, es oportuno anotar que la señora apoderada actuante en el proceso, aporta el dato de la disolución y liquidación de esa empresa, según reciente acuerdo de sus socios. Estas son sus palabras: "... vale la pena recordar que, en desarrollo de facultades estatutarias, la Asamblea General de EMCOPER S.A. en su sesión del pasado 29 de marzo de 1993, suspendida y posteriormente concluida el 30 de abril de 1993, aprobó la disolución y liquidación de la empresa, con lo cual se inicia el proceso de desaparición de esta persona jurídica" (folio 136).

Hechas las anteriores precisiones sobre el decreto demandado, se hará seguidamente su confrontación con los cargos de la demanda que se concretan así:

1°. El Gobierno Nacional se excedió en las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional al crear nuevas entidades cuando la competencia era para reestructurar, fusionar o suprimir las existentes.

2°. El ejecutivo no estaba autorizado para crear sociedades de economía mixta y luego transformarlas con el fin de crear una sociedad de tipo privado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 7°. de la Carta Política, es al Congreso al que le corresponde esta función mediante ley, o al gobierno pero investido de facultades precisas y expresas para tal efecto.

3°. Mediante el decreto acusado el Gobierno violó el preámbulo y los artículos 1°., 2°., 25, 53, 58, 60, 122 y 123 de la Constitución Nacional, porque desampara el derecho fundamental del trabajo, generando inestabilidad y caos en los cargos y desconocimiento en la carrera administrativa. Señala también en tal carácter los artículos 189 numerales 14, 15, 16, 209, 210, 345, 365. 374 y 20 transitorio.

En cuanto a los dos primeros cargos, debe decirse que habiéndose ya desvirtuado en este capítulo de consideraciones la acusación de que, mediante el acto demandado, el Gobierno hubiese creado una nueva entidad administrativa, queda sin sustento alguno la acusación contenida en la demanda (fl. 70) cuando se afirma que "se viola flagrantemente el artículo 20 transitorio, ya que su texto es bastantemente (sic) claro y nunca faculta al gobierno nacional para **crear** entidades administrativas". Por consiguiente, no resulta violado dicho artículo transitorio de la Constitución como tampoco el artículo 150 numeral 7°. que atribuye al Congreso la determinación de la estructura de la administración nacional y la creación, supresión o fusión de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional. Asiste la razón entonces a la señora apoderada de la parte demandada cuando repite hasta la saciedad, en respuesta a cada uno de los cargos, que con la expedición del Decreto 2144 no se creó ninguna entidad, ni se usurparon funciones del Congreso, que dicho acto se produjo en cumplimiento de la orden contenida en el artículo transitorio 20 de la Constitución y que "la forma de hacer cesar la sociedad para efectos del Estado, es mediante la determinación del cese de participación de las entidades estatales en ésta" .

El preámbulo de la Constitución tampoco resulta violado, si es que puede decirse que un preámbulo es susceptible jurídicamente de violación. Dicho párrafo inicial de la Carta es solamente una presentación de la misma, un prólogo, un exordio que anuncia lo que viene en la obra que está precediendo; no es una norma en sí sino la introducción de las normas supremas de la República.

En cuanto a los artículos 1°., 2°., 25, 53, 58, 60, 122 y 123 de la Constitución, la Sala reitera lo dicho en el auto por medio del cual se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional del acto demandado, en el sentido de que si el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 tenías facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades descentralizadas del orden

nacional con el fin de ponerlas en consonancia con los preceptos de la Carta Política, tales facultades llevan ínsita la de crear, fusionar y suprimir empleos.

La Corte Constitucional toca este concreto aspecto en su sentencia del 13 de agosto de 1992, por medio de la cual declaró la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991. Esto dijo la Corte:

> "...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 compete...".
>
> "...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 de licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado".

Es entonces cierto que, si bien existe el derecho al resarcimiento y a las indemnizaciones para los trabajadores al resarcimiento y a las indemnizaciones para los trabajadores oficiales a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la determinación que se toma en el artículo primero del acto demandado, no podría alegarse por parte de éstos un derecho de inamovilidad pues estaría sobreponiéndose el interés particular al bienestar general y se contradiría, ahí sí en forma flagrante la filosofía que inspira la constitución de 1991 plasmada no sólo en el preámbulo que habla de "un marco, jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo", sino en el artículo primero en el que se proclama que "Colombia es un estado social de derecho" y en los demás artículos citados por el accionante como violados en el caso *sub iuris*. Así, el artículo 58 de la Carta prescribe

perentoriamente que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

Comoquiera que el actor cita entre las normas violadas el artículo 189 de la Constitución Nacional, pero sin explicar el concepto de la violación, y menciona igualmente el criterio los tres Consejeros de Estado, miembros de la Comisión Evaluadora de los proyectos de decreto para el desarrollo de las facultades especiales en el que se dice que "según principio universal del derecho administrativo, las facultades bien excepcionales o bien extraordinarias son de interpretación restrictiva, y por eso su utilización más allá de las previsiones del artículo 20 transitorio de la Carta, es indebida", la Sala reitera su criterio expuesto en sentencia del 9 de septiembre de 1993, en los siguientes términos:

"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 cómo jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, entre otras, las siguientes funciones:

"15. 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

Continúa la Sala:

"Del contenido de las disposiciones transcritas se infiere que la facultad que le dió 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 y de las empresas industriales o comerciales del Estado, adeúen 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 aquel 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 aquella resultaren privadas de su cargo o empleo". (Expediente No. 2309, actor Juan Manuel Arrieta H. y otro. Consejero Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez).

Es de concluirse, entonces, que no resulta probado el cargo de violación del artículo 189 numerales 14, 15 y 16 de la Constitución Nacional, hecho por el demandante.

Debe decirse, igualmente, que si bien el demandante señaló en su libelo inicial, como transgredidos por el acto demandado, los artículos 209, 210, 345, 365 y 374 de la Constitución, no aporta ninguna explicación sobre la supuesta violación, circunstancia que releva a la Sala de cualquier comentario al respecto.

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, habiendo escuchado el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito efectuado para gastos del proceso, por cuanto no fue utilizado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día, once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MINISTERIO DE EDUCACION - Reestructuración / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / SUPRESION DE EMPLEOS / DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia /PREVALENCIA DEL INTERES PUBLICO / INTERES PUBLICO

Tener un empleo público no es un derecho adquirido, no es una garantía de inamovilidad de por vida y que las situaciones individuales no pueden estar por encima de los derechos de la colectividad, del interés general, razón primigenio en la política estatal de reestructuración de las entidades públicas. Por ello ha de entenderse que las facultades para fusionar, suprimir o reestructurar conllevan la natural atribución de supresión de los empleos o cargos que resulten innecesarios en la nueva estructura de la entidad, sin que a ello obste el resarcimiento y la indemnización en los términos contemplados en las disposiciones pertinentes.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2406. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actora: EMPERATRIZ ROPERO AVELLA.

La ciudadana identificada en la referencia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta Corporación la nulidad por inconstitucionalidad, de algunos artículos del Decreto 2127 de 1992. expedido por el Gobierno Nacional "Por el cual se

reestructura el Ministerio de Educación Nacional". Los artículos demandados son los siguientes: 12, inciso (sic) 1; 37, 39, 41, 43, 44, 45 y 55.

LA ACCION.

La pretensión de la actora, incoada a través de la acción pública de nulidad, se fundamenta en la supuesta violación de los preceptos constitucionales y en los cargos que seguidamente se enuncian:

Normas constitucionales señaladas como violadas: artículos 53, 55, 43, 44, 93, 94, 125 y 20 transitorio.

Cargos.

1o. El artículo 55 del Decreto 2127 de 1992, "se excedió en los términos para reestructural (sic), 3 meses y el Gobierno para ello tenía 18 meses, se viola así el art. 20 de la carta fundamental, transitoria (sic)."

2o. En el artículo 2o. de la Constitución Nacional están los fines del Estado, entre ellos, promover la prosperidad genera "Difícil resulta promover la prosperidad general, cuando el mecanismo utilizado es el despido masivo como se deduce del Decreto 2127 de 1992".

3o. "En el artículo 22 de la Constitución se encuentra el deber y el derecho a la paz. Paz es sinónimo de tranquilidad, ante los despidos masivos la tranquilidad es masiva, es social, se viola el derecho a la paz".

4o. La protección al trabajo está consagrada en el artículo 25 de la Constitución.. No es constitucional privar a miles de personas del derecho a trabajar, lo que también afecta a la familia y se violan los artículos 42 y 44 de la Constitución.

5o. Los artículos 53, 54, 93, 94, 122, 123, 125 y 334 inciso 2 de la Constitución giran alrededor del trabajo, todos ellos violados por el Decreto 2127 de 1992.

6o. Los artículos 53 y 125 de la Constitución consagran la estabilidad en el empleo, la seguridad de continuar en el cargo cuando se labora con mérito. "Pretender comprar los derechos de los trabajadores con bonificación e indemnización los (sic) violan los anunciados principios constitucionales".

7o. Los artículos 53, 93, 94 de la Constitución imponen el cumplimiento de los convenios internacionales debidamente ratificados. El artículo 23 de la

SECCION PRIMERA

Carta Internacional de los Derechos Humanos, dice que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968 art. 6), conlleva el reconocimiento del derecho al trabajo en todos los Estados que hacen parte del pacto. "La modificación planteada por el Ministerio de Educación solo podía ser efectuada por el Congreso, mediante ley o por el Gobierno, pero investido por el Congreso de facultades expresas para tal efecto, siguiendo la vía establecida en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Nacional".

8o. "Se viola el Art. 243 de la Constitución Nacional ya que las indemnizaciones y bonificaciones forman parte del decreto 1660 el cual fue declarado inexequible en sentencia del 13 de agosto de 1992".

Hasta aquí llega la intervención del demandante dentro del proceso. Al correrse traslado a las partes para alegar en conclusión, la actora no se hizo presente.

CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Al descorrer el traslado dentro del término legal, el Ministerio de Educación a través de apoderada judicial, contesta los cargos de la demanda y en amplia y detallada exposición los refuta para concluir solicitando que sean denegadas las pretensiones.

Comienza la respondiente refiriéndose al alcance de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de la Constitución en relación con el artículo 55 del decreto acusado, el cual, según la demandante, es violatorio de la norma en mención porque se excedió en los términos para reestructurar.

Dice la profesional que el artículo transitorio 20 impuso una orden imperativa al Gobierno Nacional para que en un plazo de 18 meses reestructurara, fusionara o suprimiera entidades de la rama ejecutiva. Señala que el proceso de reestructuración tiene tres momentos, siendo político el primero a cargo de la Asamblea Constituyente, de actuación legislativa el segundo a cargo del Gobierno y de ejecución y cumplimiento el tercero a través de las medidas de carácter administrativo, a cargo de las autoridades competentes. El acto acusado está ubicado en el segundo momento e implica atribuciones legislativas que de ordinario se encuentran en cabeza del Congreso pero que, excepcionalmente, y por un tiempo preciso fueron trasladadas al Gobierno Nacional. Las facultades para adecuar la planta de personal son de tipo administrativo y corresponden a la órbita ordinaria de funciones de los entes correspondientes. El término de 18

meses nada tiene que ver con el plazo de tres meses establecido por el mencionado artículo 55.

En referencia al segundo cargo, arguye la libelista que el artículo 2 de la Constitución no puede ser interpretado en forma aislada sino conjuntamente con el artículo 1o. de la Carta "toda vez que dicha norma establece los fundamentos del Estado Colombiano, entre los cuales se encuentra la PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL, con lo cual la afirmación de la demandante, que encuentra en la finalidad de prosperidad general el único sustento para el cargo segundo, pierde toda validez".

El tercer cargo lo rebate afirmando que los perjuicios causados con la supresión de los cargos fueron que no contradice el contenido del artículo 22 de la Carta. El Decreto 2127 tiende a hacer más eficiente la administración pública con una verdadera presencia en el territorio nacional. Niega, concluyendo sus lucubraciones sobre el cuarto cargo, que mediante la reestructuración del Ministerio de Educación Nacional contenida en el Decreto 2127 de 1292, se incurra en violación de los artículos allí señalados, pues las personas cuyos cargos sean suprimidos recibirán, como ya se explicó, indemnizaciones y bonificaciones, deducción aplicable a la acusación en que se hace consistir el sexto cargo.

Por último, refiriéndose a la afirmación, de la demandante en el sentido de que las indemnizaciones y bonificaciones mencionadas en el decreto 2127 forman parte del Decreto 1660, asegura la apoderada que es totalmente errónea y ajena a la verdad. Al efecto, cita como prueba apartes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante la cual se pronunció sobre el Decreto 1660 y a la cual, se hará especial remisión en la parte considerativa de esta providencia. Igual referencia habrá de hacerse, en lo que fuere menester, al alegato de conclusión con el que la señora apoderada del Ministerio de Educación ratifica su posición de oponerse a la prosperidad de las pretensiones y en el cual sostiene en el párrafo terminal". "La afirmación de los señores Consejeros de Estado miembros de la Comisión Asesora en el sentido de que "se aprecia una clara tendencia a reestructurar para poner el Ministerio en consonancia con la ley, no con la propia constitución" parte de una limitada visión de lo que significa poner en consonancia, y desde luego supone una interpretación muy restringida de lo que es la Constitución y de la intención manifiesta del Constituyente al aprobar el texto del artículo 20 transitorio. Reiteramos que la consonancia se predica frente a la totalidad de los principios y mandatos de contenido en el texto de la Carta Fundamental, que son aquellos que el Gobierno Nacional tomó al expedir el Decreto 2127 de 1992, para reestructurar el Ministerio de Educación Nacional".

SECCION PRIMERA

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

La señora Procuradora Primera Delegada ante el Consejo de Estado, presentó en su oportunidad un concepto según el cual, "emitido el estatuto legal de la reestructuración, con base en las facultades transitorias, no podría hablarse de prórroga del término señalado en el artículo 20 transitorio porque el mismo gobierno se fije un plazo de tres meses para desarrollar e implementar la reestructuración adoptada, si se tiene en cuenta que tales funciones le son propias por mandato constitucional, contenido en los ordinales 14, 15 y 16 del artículo 189 de la Carta.

"...cuanto a la supresión de empleos, además de ser atribución permanente del gobierno, hay que concluir, como lo hace la impugnante, que es una consecuencia de la misma reestructuración".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el proceso que entra a definirse, se ha demandado la nulidad de ocho disposiciones contenidas en el Decreto 2127 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reestructura el Ministerio de Educación Nacional" (folio 7).

Antes de hacer algún pronunciamiento de fondo respecto a las peticiones de la demanda, se observa que ésta cumple apenas parcialmente con el requisito exigido por el artículo 137, numeral 4, sobre el contenido de la demanda, en cuanto a la explicación de concepto de violación de las normas señaladas como transgredidas por la accionante.

El primer cargo de la actora es contra el artículo 55 del Decreto 2127, del cual dice que "se excedió en los términos para reestructurar, 3 meses y el Gobierno para ello tenía 18 meses, se viola así el art. 20 de la Carta fundamental, transitoria".

De la deficiente redacción se infiere la acusación de una extralimitación, por parte del Gobierno, del término concedido en el artículo transitorio 20 de la Constitución para hacer la supresión, fusión o reestructuración que se ordena de las entidades allí enunciadas. A este respecto, la Sala ya fijó su criterio, que ahora se ratifica, en el sentido de que ese plazo "no puede considerarse 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 1.968 y 74. del 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 aquella resulten privadas de su cargo o empleo". (Sentencia de septiembre 9 de 1993, expediente No. 2309, actor Juan Manuel Arrieta H. Y otro. Consejero Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez).

En el caso concreto el artículo 189, numerales 14, 15 y 16 es el que confiere al Gobierno Nacional, las facultades cuyo ejercicio objeta la accionante.

Por tal razón no prospera el cargo de nulidad contra el artículo 55 del Decreto acusado.

Lo que la actora denomina "2 cargo" no es más que una consideración personal suya sobre lo prescrito en el artículo segundo de la Constitución sin que ello constituya una sindicación concreta contra ninguno de los artículos denunciados, ni explicación de una violación que no señala. Similar comentario merece el tercer "cargo".

En cuanto al cuarto cargo, que hace referencia al artículo 25 de la Constitución, opina la accionante que "tan solo una sociedad que conjuga todos sus esfuerzos a través del trabajo que puede prosperar puede ser más digna más humana" y que no es constitucional que se prive "a miles de personas" del derecho a trabajar". Son criterios personales respetables, por supuesto, pero no conforman una acusación contra acto alguno o contra cualesquiera de las disposiciones que hacen parte del decreto demandado. No hay individualización, ni sustento, ni explicación ninguna en la genérica apreciación no ameritando, por consiguiente, ningún análisis como "cargo" contra el acto demandado ya que en realidad no lo constituye.

En el quinto cargo, afirma la demandante que los preceptos constitucionales allí citados que, según ella, giran en torno al trabajo y a la intervención del Estado para dar pleno empleo a los recursos humanos, son violados todos ellos por el Decreto 2127 de 1992, "en sus artículos,mencionados con estas disposiciones laborales".

En este punto, conviene hacer una relación así sea sinóptica de las disposiciones del Decreto 2127 de 1992 que en forma masiva son indicados como violatorios de las normas superiores.

a). El numeral 1 del artículo 12 atribuye a la División de Personal las actividades relacionadas con la administración de personal de la planta central del Ministerio.

SECCION PRIMERA

A la luz de las normas superiores invocadas, no se ve cómo tal determinación pueda desobedecerlas o agredirlas, ni lo explica tampoco la libelista.

b). El artículo 37 habla del campo de aplicación de las normas del capítulo VI del Decreto 2127, disponiendo que las mismas serán aplicables a los empleados públicos que sean desvinculados de sus empleos o cargos como resultado de la reestructuración del Ministerio de Educación. Es decir, el efecto de la disposición no se extiende más allá de su carácter de pauta organizativa del mismo capítulo. La medida en sí no transciende a ninguna persona natural o jurídica y, por lo tanto, no se puede decir que esté afectando derecho alguno.

c). El artículo 41 tiene el mismo carácter del anterior y no explica la demandante cuál es son los intereses que defiende frente a una norma que dispone el traslado de empleados. No sólo falta el concepto de la violación sino que la lógica descarta dicha hipótesis, teniendo en cuenta que la norma está facultando a la autoridad competente para garantizar la continuidad de los empleados a que hace referencia, cuando hay supresión del empleo o cargo.

d). Los artículos 43, 44 y 45 establecen el régimen de indemnizaciones y bonificaciones aplicable a los empleados públicos afectados por la, reestructuración de la entidad en desarrollo del artículo transitorio 20 de la Constitución Política. Es a esto seguramente a lo que se refiere la nulidiscente cuando dice su memorial (folio 11) que "pretender comprar los derechos a los trabajadores con bonificación e indemnización los (sic) violan los anunciados principios constitucionales".

Si bien en la demanda no se explica en qué consiste la violación que se predica, ya se ha dicho en providencia anteriores que tener un empleo público no es un derecho adquirido, no es una garantía de inamovilidad de por vida y que las situaciones individuales no pueden estar por encima de los derechos de la colectividad, del interés general, razón primigenia en la política estatal de reestructuración de las entidades públicas. Por ello ha de entenderse que las facultades para fusionar, suprimir o reestructurar conllevan la natural atribución de supresión de los empleos o cargos que resulten innecesarios en la nueva estructura de la entidad, sin que a ello obste el resarcimiento y la Indemnización en los términos contemplados en las disposiciones pertinentes, lo que no constituye, como equivocadamente lo afirma la demandante, una "compra de los derechos de los trabajadores".

e). El artículo 39 también acusado, dispone la supresión de empleos en los siguientes términos:

"Dentro del término de reestructuración de Ministerio se suprimirán los empleos o cargos vacantes y los desempeñados por los empleados de la entidad cuando ellos no fueren necesarios".

Dentro del postulado lógico que se acaba de explicar, resulta irrebatible la disposición precitada.

Quedan entonces así desvirtuados los cargos hechos por la demandante en los numerales quinto y sexto de su libelo.

Como séptimo cargo, se expone un discurso en el que se habla de la armonía entre los artículos 53, 93 y 94 de la Constitución Nacional en los que se impone el cumplimiento de los convenios internacionales debidamente ratificados. No se explica, sin embargo, cuál puede ser la violación que, por mandato de las normas procesales, la demandante ha debido demostrar.

Por último, señala como octavo cargo, la violación del artículo 243 de la Carta, dando como única razón "que las indemnizaciones y bonificaciones forman parte del decreto 1660 el cual fue declarado inexequible en sentencia del 13 de agosto de 1992".

En este, como en la mayor parte de los otros cargos, la acusación es dada sin respaldo alguno de tipo argumental pretendiendo que sea la Sala, oficiosamente, la que haga las consideraciones y deducciones pertinentes.

De todas maneras, la Sala se permite citar, en respuesta a la objeción de la demandante, la sentencia del 13 de agosto de 1992, de la Corte Constitucional. Estos son sus pronunciamientos:

"...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 compete...".

"...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".

De la transcripción hecha, se concluye que la propia Corte Constitucional avala el mecanismo seguido por el Gobierno para establecer un régimen de indemnizaciones y bonificaciones en favor de quienes pierden su empleo oficial a causa de la reestructuración de la entidad sin que ello signifique, como lo alega, la demanda, que se está violando el artículo 243 de la Carta.

Con las anteriores consideraciones se ha demostrado que la demanda bajo estudio no logra desvirtuar la legalidad del acto acusado.

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, habiendo escuchado el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de 9 de septiembre de 1993, Exp. 2309, Ponente: Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRÍGUEZ, Actor: JUAN MANUEL ARRIETA Y O.

FISCAL GENERAL DE LA NACION / DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia

Las funciones especiales asignadas al Fiscal General de la Nación por las normas constitucionales y legales, deben entenderse como privativas o exclusivas de éste y por lo mismo no susceptibles de delegación ya que la preceptiva de aquéllas no lo permite y no puede perderse de vista que la delegación de función constituye un régimen de excepción, que como tal sólo admite una interpretación restrictiva. Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta que el espíritu de los artículos 251 numeral 1o. y 235 numeral 4o. de la Carta fijé el de que por razón de la alta investidura o rango de los funcionarios que gozan de fuero constitucional su investigación y acusación corresponda en forma privativa al máximo funcionario encargado de cumplir tal función, que es el Fiscal General de la Nación, como la de juzgamiento con igual carácter, se le asignó al máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en materia penal, que es la Corte Suprema de Justicia. DECLARA LA NULIDAD de los arts. 1o. y 6o. de la Resolución No. 0-00099 de 30 de julio de 1992, expedída por el Fiscal General de la Nación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
-Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitres (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2284. Acción: Nulidad. Actor: HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL.

SECCION PRIMERA

El ciudadano HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que se declare la nulidad de los artículos 1o. y 6o. de la Resolución no. 0 - 00099 de 30 de Julio de 1992 "Por medio de la cual se delegan unas funciones", expedida por el señor Fiscal General de la Nación.

I-. ***CAUSA PETENDI.***

En apoyo de la pretensión de la demanda adujo el actor los siguientes cargos de violación contra los artículos de la Resolución acusada:

1o): La noción de delegación que contemplaba la anterior Constitución continúa en la actual Carta Política (artículo 211). En consecuencia, tiene plena vigencia lo expresado por el H. Consejo de Estado en auto de 26 de Abril de 1991, Sección Primera, Consejero ponente doctor Líbardo Rodríguez Rodríguez, expediente no. 1706, en cuanto a que "La delegación de funciones administrativas no está consagrada en nuestra legislación como regla general sino, por el contrario, solo se predica de manera exceptiva, en los casos expresamente señalados... Además frente a disposiciones con carácter de excepción rige el principio de la interpretación restrictiva y, por lo tanto, no pueden extenderse a casos no contemplados en ellas".

En el mismo sentido lo consignó la Sección Segunda en sentencia de 17 de Mayo de 1.991, expediente no. 2815, Consejera ponente doctora Dolly Pedreza de Arenas.

No le está permitido al señor Fiscal General de la Nación delegar en sus subordinados las funciones que en relación con el fuero constitucional de los altos funcionarios del Estado le asignan la Constitución y la Ley. Al contrario, el artículo, 235 de la Constitución Nacional señala en su numeral 4o. como atribución de la Corte Suprema de Justicia, la de juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los altos dignatarios que allí se mencionan. El artículo 251 *ibídem* en desarrollo de lo preceptuado en la norma anterior, dispone como funciones especiales del Fiscal General, la de investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución; el Decreto Ley 2700 de 1991, consecuente con los preceptos constitucionales que consagran el fuero para el Juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, en su artículo 121 dispuso que corresponde al Fiscal General de la Nación, investigar, calificar y acusar, si a ello hubiera lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

El artículo 123 *ibídem* asigna a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia la investigación, calificación y acusación de los demás servidores públicos con fuero legal, porque a los que gozan de fuero constitucional le corresponde investigarlos, calificarlos y acusarlos al Fiscal General de la Nación.

El artículo 22 numeral 5o. del Decreto 2699 de 1991 le asigna al Fiscal General de la Nación la función de asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución y aquellas que en razón de su naturaleza ameritan su atención personal.

El numeral 3o. *ibídem* le atribuye la función de dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatorio contra los presuntos infractores de la Ley Penal directamente o a través de sus delegados. Carecería de utilidad el numeral 5o. ni fuera posible la delegación, pues estarían entonces incluídas en el numeral 3o. todas las posibilidades, lo cual riñe con los principios de la interpretación de las normas jurídicas y concretamente el que consagra el efecto útil de éstas y enseña que entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y otro no, debe preferirse el primero.

Por lo anterior, la Resolución acusada en su artículo 1o. es abiertamente inconstitucional el trasladar, sin que norma alguna lo autorice, atribuciones que son de la exclusiva competencia del Fiscal General de la Nación a organismos, subalternos.

2o): La Resolución acusada viola el debido proceso al desconocer los fueron otorgados por la Constitución.

Las disposiciones constitucionales antes estudiadas establecen unas garantías para el juzgamiento de ciertos funcionarios del Estado y asignan una competencia indelegable en cabeza del señor Fiscal General de la Nación, por lo que el traslado que mediante la Resolución acusada se hace de esa competencia a la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, además de transgredir las normas anteriormente citadas viola el principio general del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Adicionalmente resultan transgredidos los artículos 2o., 3o., 6o., y 123 *ibídem* por cuanto en la emisión del acto que se demanda, sin facultad constitucional ni legal, se ha incurrido en extralimitación de funciones y obrado al margen de la Constitución y de la Ley.

3o): El artículo 6o. de la Resolución vulnera los artículos 43 del C.C.A., 1o. y 2o. literal f) de la Ley 57 de 1985 y 52 del C. de R.P.y M. por cuanto

siendo el acto acusado de contenido general no fué publicado, es decir, no ha entrado en vigencia y al disponer que rige a partir de la fecha de su expedición quebranta tales disposiciones.

III-. TRAMITE DE LA ACCION:

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

Mediante proveído de 5 de marzo de 1993 se decretó la suspensión provisional del artículo 1o. de la Resolución enjuiciada por cuanto al confrontarlo con el texto de las disposiciones contenidas en los artículos 251 numeral 1o. de la Constitución Política, 121 numeral 1o. del Decreto Ley 2700 de 1991 y 22 numeral 5o. del Decreto Ley 2699 de 1991 se advirtió que aquél contradice éstos pues mientras tales preceptos superiores señalan como función especial, singular o privativa del Fiscal General de la Nación la de investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución, esto es, a los que señala el artículo 235 numeral 4o. de la misma como juzgarles por la Corte Suprema de Justicia, el artículo 1o. acusado al consagrar que tal función, respecto de dichos funcionarios con fuero constitucional, es delegada por el Fiscal General de la Nación en la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, desconoce el carácter privativo o exclusivo, y, por lo tanto, no delegarle, de dicha función a cargo del Fiscal General de la Nación.

Dicho proveído fué revocado por auto de 4 de junio de 1993, en virtud del recurso de reposición contra él interpuesto, al considerar la Sala , con el salvamento de voto del Consejero que redacta esta ponencia, que como el punto de derecho controvertido tiene que ver con la interpretación del término "especial" utilizado en el artículo 251 de la Constitución Política para asignar la competencia del Fiscal General de la Nación respecto de los funcionarios que allí se determinan, el análisis del mismo requiere de un estudio de fondo que permita fijar el alcance de la norma y de las expresiones que se utilizan en ella.

III.2-. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El señor Fiscal General de la Nación al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de aun pretensiones aduciendo el efecto principalmente lo siguiente:

1-. La Fiscalía General de la Nación actúa a través de delegados del Fiscal General en todos los niveles, teniendo ésta la cláusula general de

competencia que le permite asumir directamente cualquier investigación o asignarla a cualquiera de sus delegados nacionales, lo que no se contrapone a la competencia reglada en términos generales por el C.de P.P.

La facultad de asignación de las investigaciones comporta el mismo sentido de una delegación, o entrega a un delegado del Fiscal la función de adelantar las investigaciones que en términos generales o particulares éste determine.

2-. La disposición del artículo 251 de la Constitución Política no quiso en ningún momento significar que esa facultad fuera privativa y por lo tanto indelegable. Simplemente quiso resaltar la importancia de los procesos o investigaciones que involucran a los altos funcionarios amparados con fuero constitucional, pues, no es lógico ni razonable, como se sostuvo en el recurso de reposición contra el auto que decretó la suspensión provisional, que el Fiscal personalmente deba adelantar todas las investigaciones, concurrir a todas las audiencias o diligencias, ya que el solo trabajo de atender estos procesos le absorberían todo su tiempo, impidiéndole cumplir con sus otras responsabilidades.

3-. Las normas que autorizan al Fiscal General de la Nación a delegar la función especial que le atribuye el artículo 251 de la Constitución Política son los artículos 249 y 260 *ibídem,* así como las normas del C. de P.P., que, con base en el artículo 253 de la Carta, lo facultan para cambiar el Fiscal delegado que adelante determinada investigación y para asumir personalmente, a su arbitrio, las investigaciones que requieran su atención directa (numerales 3o. y 5o. del artículo 121 del C. de P.P.).

Toda la estructura de la Fiscalía General de la Nación está basada en la delegación de funciones. El Fiscal General de la Nación actúa por medio de delegados en todas las investigaciones a cargo de la institución, pudiendo asignar libremente al funcionario que él escoja el conocimiento de determinadas investigaciones y asumir personalmente aquellas que por su importancia llegue a considerar que requieren de su atención directa. Los delegados no son ordinarios sino que reúnen los mismos requisitos que se exigen para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual se garantiza una especial atención a los procesos y está conforme con el artículo 251 de la Carta que califica como "especial", la función del Fiscal General de la Nación, lo cual no obsta para que, de acuerdo con el artículo 121 del C.de P.P., desplace a sus delegados y asuma personalmente una investigación.

III.3-. En calidad de coadyuvante intervino el ciudadano y abogado JAIME RAFAEL PEDRAZA VANEGAS, quien expresó, en síntesis, lo siguiente:

SECCION PRIMERA

Hay tres razones que llevan a la conclusión de que el señor Fiscal General de la Nación, no puede delegar las funciones materia de la demanda:

a): De orden constitucional (artículo 211). Como la ley de delegación aún no se ha dictado, es evidente que no puede haber delegación de funciones públicas.

b): De orden lingüístico, pues las expresiones "especial" "particular" y "peculiar" tienen en común el de ser algo propio y privativo de una persona o cosa, que se lo que se trata de demostrar.

c): De orden lógico: El constituyente distinguió dos clases de procesos: los comunes, que no requieren la atención directa y permanente del Fiscal General; y los especiales, que por la calidad de los sujetos de que se trata que gozan de fuero constitucional que sí precisan la atención inmediata y cercana del Fiscal y frente a estos no puede delegar funciones.

III.4-. En la etapa de alegatos el señor Fiscal General de la Nación reiteró lo expresado en el escrito de contestación de la demanda.

III.5-. CONCEPTO FISCAL.

La señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación expresa en su vista de fondo que atendiendo a una interpretación sistemática de los artículos 249 a 251 de la Constitución Política, 118 a 120 del C. de P.P., 19 y 22 del Decreto Ley 2699 de 1991, en razón de los objetivos de la nueva institución, estructura y funciones de la Fiscalía, se llega fácilmente a la conclusión de que el Fiscal General de la Nación está habilitado, en aras de lograr un idóneo cumplimiento de las funciones, para delegar en la Unidad de Fiscalías ente la Corte Suprema de Justicia la función contenida en el artículo 251 numeral 1o. de la Constitución.

Al respecto vale tener en cuanta, las juiciosas y lógicas reflexiones hechas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 14 de diciembre de 1992, en la cual se resolvió negativamente la solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente a la Resolución que aquí se acusa, criterio autorizado que merece acogida.

En cuanto al artículo 6o. de la Resolución es atendible el argumento de su ilegalidad por desconocer los mandatos sobre publicidad de los actos generales y por lo mismo procede la anulación de dicha norma.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

IV.1-. Los artículos 1o. y 6o. de la Resolución no.0-00099 de 30 de julio de 1992, expedida por el Fiscal General de la Nación, objeto de acusación, son del siguiente tenor:

> "PRIMERO: Delégase en la Unidad de Fiscalías ente la Corte Suprema de Justicia la investigación, calificación y acusación de los funcionarios a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 121 del Decreto 2700 de 1991, excepción hecha de los Fiscales miembros de esa Unidad.
>
> La Delegación envuelve la función de actuar en la etapa del juicio ante la Sala Penal de la Corte y la de las demás funciones inherentes a su calidad de sujeto procesal" .
>
> "SEXTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición."

IV. 2-. Contra el artículo primero antes transcrito se formula en la demanda el cargo de que transgrede los artículos 2o., 3o. 6o., 29, 123, 211, 235 numeral 4o. y 251 numeral 1o. de la Constitución Política, 121 numeral 1o. del C. de P.P. y 22 numeral 5o. del Decreto Ley 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación).

Para decidirlo es menester para la Sala hacer las siguientes consideraciones:

1-. En lo tocante a las funciones de la Fiscalía General de la Nación la Constitución Política en el Título VIII Capítulo VI opta por señalar:

a): Una de carácter institucional, en el artículo 250, que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, y que pueden ejercer los funcionarios que la integran: el Fiscal General, los Fiscales Delegados y los demás que determine la ley, y es la de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los Juzgados y Tribunales competentes. En cumplimiento de esta función la Fiscalía General de la Nación deberá: asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento; tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados por el delito; calificar y declarar precluídas las investigaciones; dirigir y coordinar las funciones de policía judicial; velar por la protección de las víctimas, testigos o intervinientes en los procesos; y cumplir las demás funciones que establezca la ley, b): Otras calificadas como

especiales en el artículo 251 y radicadas en cabeza del Fiscal General de la Nación y son las siguientes:

"1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia.

3. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

4. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

5. Suministrar al gobierno información sobre las investigaciones que se están adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público".

De las funciones especiales enunciadas interesa para los efectos de esta providencia la prevista en el numeral 1o., esto es, la de investigar y acusar a los altos funcionarios que gozan de fuero constitucional, que son aquellos que juzga la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la atribución que lo confiere el artículo 235 numeral 4o. de la misma Carta, y son: los ministros del despacho, procurador general, defensor del pueblo, agentes del ministerio público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, directores de los departamentos administrativos, contralor general de la república, embajadores y jefes de misión diplomática o consular, gobernadores, magistrados de tribunales y los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen.

2-. El Decreto Ley 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación), con igual perspectiva a la de la Constitución, señala: en su artículo 3o. funciones a la Fiscalía General de la Nación similares a la del artículo 250 de la Constitución); y en su artículo 22 numeral 5o. como función específica del Fiscal General de la Nación la siguiente:

> "Asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución (artículo 251 numeral 1o, precisa la Sala) y aquellas que en razón de su naturaleza, ameriten su atención personal".

El Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991) tras igual tratamiento y desarrollo, pues: el artículo 120 señala funciones a la Fiscalía

General de la Nación (similares a las del artículo 250 de la Carta) y el artículo 121 atribuye, entre otras, el Fiscal General de la Nación los siguientes:

> "1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiera lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones provistas en la Constitución.
>
> 2. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiera lugar, al Viceprocurador y a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Nacional y los Tribunales Superiores".

El artículo 123 numeral 1o. de este último Estatuto adscribe, entre otras, a la competencia de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema, de Justicia la siguiente:

> "Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiera lugar, a los demás servidores públicos con fuero legal, y cuyo juzgamiento corresponde en única instancia a la Corte Suprema de Justicia".

3-. Para la Sala cuando el artículo 251 numeral 1o. de la Constitución Política emplea el vocablo especial para calificar las funciones del Fiscal General de la Nación debe entenderse en su sentido gramatical, esto es, a la luz del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, así: Singular o particular, que se diferencia de lo común, ordinario. Singular significa: solo, sin otro de su especie. Particular, por su parte, es: Propio y privativo de una cosa. Y, por último, privativo es: Propio y peculiar singularmente de una persona o cosa.

El vocablo privativo desde el punto de vista jurídico procesal, y en relación con el ejercicio de las competencias y funciones, significa aquellas que son exclusivas y no delegables por parte de su titular.

4-. El análisis precedente pone en evidencia que las funciones especiales asignadas al Fiscal General de la Nación por las normas constitucionales y legales anteriormente citadas deben entenderse como privativas o exclusivas de éste y por lo mismo no susceptibles de delegación ya que la preceptiva de aquéllas no lo permite y no puede perderse de vista que la delegación de funciones constituye un régimen de excepción, que como tal sólo admite una interpretación restrictiva. Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta que el espíritu de los artículos 251 numeral 1o. y 235 numeral 4o. de la Carta fué el de que por razón de la alta investidura o rango de los funcionarios que gozan de fuero constitucional su investigación y acusación corresponda en forma privativa al máximo funcionario encargado de cumplir tal función, que se el Fiscal General de la Nación, como la de juzgamiento con igual carácter, se le asignó al máximo

Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en materia penal, que es la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior no es obstáculo para que a través de la ley se puedan establecer mecanismos diferentes a los de la delegación que permitan la realización de determinados actos procesales por funcionarios subalternos del Fiscal General de la Nación, bajo la dirección y orientación de éste, y sin detrimento de su titularidad sobre las funciones especiales antes aludidas.

En conclusión, estando demostrada la transgresión de los preceptos superiores de derecho analizados se impone la declaratoria de nulidad del artículo 1o. acusado y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia.

IV. 3-. En lo tocante a la censura que se formula al artículo 6o. acusado de ser vibratorio de los artículos 43 del C.C.A., 1o. y 2o. literal f de la Ley 57 de 1985 y 52 del C de R.P. y M. la Sala considera que asiste razón actor, y en efecto procede la declaratoria de su nulidad, ya que al disponer dicho artículo que la Resolución rige a partir de la fecha de su expedición desconoce los mandatos legales que gobiernan la eficacia u obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general, como el *sub examine*, consagrados en los dos primeros preceptos antes enunciados, los cuales preven que tales actos no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados.

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 los artículos primero y sexto de la Resolución no. 0 - 00099 de 30 de julio de 1992, expedida por el señor Fiscal General de la Nación.

Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

Cópiese, notifíquese y cumplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 11 de noviembre de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano,* (Salvo voto)

Nota de Relatoría: En igual sentido se reiteran las jurisprudencias contenidas en el auto de 26 de abril de 1991, Exp. 1706, Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, y la sentencia de 17 de mayo de 1991, Exp. 2815 Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Facultades / DELEGACION DE FUNCIONES (Salvamento de Voto)

Los fiscales delegados son parte integrante de la Fiscalía General de la Nación. La circunstancia de que dentro de la Fiscalía, la misma Carta Política hubiera creado la figura de los fiscales delegados, no es extraña a la existencia de la delegación. El término "especiales" que para referirse a los funciones del Fiscal General trae el art. 251 de la Carta, no significa que tales funciones sean privativas, exclusivas e indelegables. El término especial en este caso debe entenderse como importante, trascendental y referente. Si el constituyente hubiera querido que el Fiscal ejerciera en forma exclusiva o privativa las funciones que le otorgó en el artículo 251 así lo hubiera consignado.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. YESID ROJAS SERRANO

Referencia: Expediente No. 2284 AUTORIDADES NACIONALES Actor: HECTOR PABLO RAMIREZ S.

Respetando como el que más el criterio mayoritario, de la Sala, me permito salvar voto en la sentencia dio fecha veintitrés de noviembre del presente año, por las razones que se exponen a continuación:

De conformidad con lo dispuesto en artículo 249 de la Constitución Nacional los Fiscales delegados son parte integrante de la Fiscalía General de la Nación. La circunstancia de que dentro de la Fiscalía, la misma Carta Política hubiera creado la figura de los fiscales delegados, no es extraña a la existencia de la delegación.

La delegación de funciones que según el artículo 211 de la Carta está deferida a la ley es la que dice relación con el Presidente de la República respecto de sus ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. También se refiere el precitado ordenamiento constitucional a la delegación a sus subalternos por parte de las autoridades administrativas.

El término "especiales" que para referirse a las funciones del Fiscal General trae el artículo 251 de la Carta, no significa que tales funciones sean privativas, exclusivas e indelegables. El término especial en este caso debe entenderse como importante, trascendental y preferente.

Si el Constituyente hubiera querido que el Fiscal ejerciera en forma exclusiva o privativa las funciones que le otorgó en el artículo 251 así lo hubiera consignado, tal como si lo hizo en tratándose del Procurador General de la Nación, en el artículo 278 al expresar. "El Procurador General de la Nación ejercerá "directamente" las siguientes funciones....".

El Fiscal General de la Nación, así delegue algunas de sus funciones, no pierde la titularidad de las responsabilidades en el sistema acusatorio, pues a la luz de lo reglado en el artículo 19 del Decreto 2699 de 1991 "Los Fiscales delegados actuarán siempre en representación de la Fiscal la General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General". En concordancia con lo anterior, el artículo 22 del mismo estatuto preceptúa: "El Fiscal General de la Nación tendrá la representación de la entidad frente a las autoridades del Poder Público, así como frente a los particulares y cumplirá las siguientes funciones...", entre as cuales figuran la de "Dirigir, coordinar y controlar las funciones de investigación adelantadas directamente por la Fiscalía General, por otros entes oficiales establecidos por la Constitución o las leyes, o por aquel los facultades temporalmente para el ejercicio de estas funciones, y de limitar el campo de competencia en cada uno de ellos" (num. 6. y 1 a de "Comisionar de manera transitoria a servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación en otras entidades oficiales en las cuales el desarrollo de las investigaciones así lo amerite" (num. 14).

Por su parte, el numeral 3o. del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal dice en relación con las funciones del Fiscal:

> "Cuando lo considere necesario y en casos excepcionales que requieran su atención directa, investigar, calificar y acusar, desplazando a cualquier fiscal delegado. Contra las decisiones que tome en desarrollo de la instrucción sólo procede el recurso de reposición".

Otra circunstancia que puede hacer viable la delegación, en el caso concreto, es la consagrada en el artículo 35-3 del Decreto 2699 de 1991, según el cual, las unidades de Fiscalía adscritas a la Dirección Nacional de Fiscalías, cumplen, entre otras, la función de "Actuar ante la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que determine la ley".

Finalmente, dando a las funciones del Fiscal General una interpretación teleológico que no gramatical, debemos concluír no solamente en la procedencia, sino en la necesidad de la delegación en aras del cumplimiento pronto y eficaz de las funciones que a la nueva institución le ha conferido la Constitución de 1991.

Esta última apreciación encuentra respaldo en el concepto del Ministerio Público rendido dentro de este proceso, y en lo expresado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 14, de diciembre de 1992, mediante la cual se resolvió negativamente la solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de la resolución 0009, la misma que se acusa en este proceso. En esta providencia se dijo:

"a) La Fiscalía es un ente creado con propósito de mejorar la investigación en materia penal y combatir la impunidad, por lo tanto es evidente que para esos fines no resulta adecuado entender que se ha asignado a una sola persona una labor que antes correspondía a ocho Magistrados de la Sala de Casación Penal, y mucho menos si se tiene en cuenta que al Fiscal corresponde la dirección general de la institución, que implica ser responsable de que se logre el cumplimiento de las numerosas tareas que le señaladas artículo 250 de la Constitución a ese organismo.

"b) Basta mirar la lista de funciones que le atribuye al Fiscal General de la Nación el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, para de inmediato comprender que solo mediante el mecanismo de la delegación podría atender el cumplimiento de compromisos. Supeditar la labor investigativa y el trámite del juzgamiento en los procesos que en única instancia corresponde a la Corte, a que el Fiscal pueda asistir personalmente a cada una de las diligencias, sería creer que el legislador buscó paralizar la actividad de la administración de justicia en esos casos, porque ni aun abandonando todas las obligaciones de carácter administrativo, esto es, olvidando su condición de FISCAL GENERAL para convertirse exclusivamente en FISCAL ANTE LA CORTE, podría cumplir satisfactoriamente esta tarea.

"c) La Comisión Especial que aprobó, o para ser más exactos co-redactó el Decreto 2699 de 1991, denominó el Título III "DE LAS FUNCIONES

ESPECIFICAS", y en el artículo 22 enumeró las que debe cumplir el Fiscal General de la Nación, estableciendo de manera expresa en varios numerales que esa actividad la cumple a través de DELEGADOS, y en otros guardando silencio al respecto, lo que no puede entenderse como prohibición de delegar.

"Esto permite deducir que para la Comisión Especial el nombre de "FUNCIONES ESPECIFICAS" no lo entendió como "INDELEGABILIDAD", mas bien, como actividades cuyo cumplimiento es responsabilidad especial del Fiscal, sin perjuicio de que pueda hacerlas delegando para ello a funcionarios de la Fiscalía que por la naturaleza de sus cargos tengan competencias e idoneidad para adelantarlas.

"No debe olvidarse que, el artículo 249 de la Constitución Política otorga al Fiscal General la titularidad de todas las competencias atribuidas a la entidad, de modo que los demás fiscales actúan como delegados por éste con funciones asignadas por la ley o por el propio Fiscal General, y el Código de Procedimiento Penal desarrolló con ese entendimiento la previsión constitucional, al consagrar en el numeral 3o. del artículo 121 la facultad de desplazar a cualquier Fiscal Delegado, bastando para ello que lo considere necesario.

"d) No se puede asimilar la situación del Fiscal a la del Procurador General de la Nación, porque al director del Ministerio Público el legislador (el constituyente entiende este Despacho) le precisó las funciones delegables en el artículo 277 de la Constitución y las no delegables se las señaló en el artículo 278 *ibídem*, diciendo que las "ejercerá directamente", expresión que no utilizó para el Fiscal.

"e) El juzgamiento de las personas aforadas corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ante la cual actúan los Fiscales Delegados, equipo de profesionales asignados a esa labor y cuya nombramiento se exigió que reunieran los mismos requisitos que se requieren para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia ...

"4o. Las reflexiones anteriormente expuestas nos llevan a acoger los planteamientos del señor Fiscal, ya que de acuerdo con él entendemos que la interpretación de la ley no puede llevar a y lo absurdo o a la paralización de las instituciones". (Las subrayas son de este Despacho).

Atentamente,

Yesid Romero Serrano, Consejero de Estado

TRATADO INTERNACIONAL - Eficacia / TRATADO INTERNACIONAL - Validez / TRATADO INTERNACIONAL - Perfeccionamiento / CANJE DE RATIFICACIONES - Naturaleza / CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia / NOTA DIPLOMATICA - Naturaleza / ACTO DE EJECUCION / CONCORDATO

La legislación interna no regula aspectos atinentes a la eficacia de un tratado sino a su validez, pues élla es del resorte del derecho internacional. Tal es el caso del canje de instrumentos de ratificación, último paso que perfecciona un tratado y permite la entrada en vigencia del mismo. Habida cuenta que tal acto, así como el depósito, en tratándose de tratados multilaterales, no es más que la reiteración de la voluntad o consentimiento bilateral, de obligarse en virtud del tratado que se ha celebrado, tal característica lo excluye de la naturaleza del acto administrativo por ser unilateral, lo que hace que no sea susceptible de control jurisdiccional por esta Corporación. En lo que toca con la Nota enviada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en 1985 al Nuncio Apostólico de Su Santidad, Monseñor Angelo Acerbi, cabe precisar lo siguiente: Se trata pues de actos de ejecución de cláusulas del Tratado, posteriores a la aprobación que la Ley 20 de 1974 le impartió a éste, y como tales han trascendido al ámbito del derecho internacional, al cual pertenecen, lo que los hace no susceptibles de control jurisdiccional interno.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C. veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*
Referencia: Expediente No 2105. Acción: Nulidad. Actor: HUGO CASTAÑO HERNANDEZ.

El ciudadano HUGO CASTAÑO HERNANDEZ, obrando en su propio nombre y en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Acta de Canje de Instrumentos de Ratificación celebrada en Roma por el Embajador de Colombia y el Secretario de Estado del Vaticano en 1975, y el Canje de Notas celebrado por el Canciller Colombiano y el Nuncio Papal en 1985, que como consecuencia de lo anterior declare libre a la Nación Colombiana de todo internacional con la Santa Sede, y se ordene al Procurador General de la Nación y/o al Fiscal General de la Nación, que abran investigación disciplinaria y penal contra los Presidentes de la República y los Cancilleres por las graves anomalías cometidas, a fin, de que sean sancionados ejemplarmente ante la Nación entera.

Contienen los actos acusados en la parte pertinente:

ACTA DE CANJE DE INSTRUMENTOS DE RATIFICACION DE 2 DE JULIO DE 1975:

> "... Los infrascritos reafirman la recíproca voluntad de la Santa Sede y de la República de Colombia que los condujo a señalar el curso de los próximos diez años,contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del Concordato, para determinar la revisión y eventual modificación del mismo instrumento dentro de la armonía que debe reinar entre la Iglesia Católica y el Estado Colombiano, acuerdo que figura en el Canje de Notas realizado en julio de 1974 entre el Excelentísimo señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, señor Doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, y su Excelencia Reverendísima Monseñor Angelo Palmas, Nuncio Apostólico de Su Santidad en Bogotá..."

NOTA DM 00869 DE 2 DE JULIO DE 1985 Dirigida por el Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Colombia al Monseñor ANGELO ACERBI, NUNCIO APOSTOLICO DE SU SANTIDAD EN COLOMBIA.

"Excelencia:

Al terminarse el 2 de julio del presente año el curso de los diez años previsto en el último párrafo del Acta de Canje de los Instrumentos de Ratificación del Concordato vigente suscrito el 12 de julio de 1973, dentro de la armonía que debe reinar entre la Iglesia Católica y el Estado Colombiano, a tenor del artículo XXIX del mismo Concordato, y con el

propósito de interpretar y aplicar algunas de sus disposiciones, propongo a Vuestra Excelencia lo que sigue:

a.) En cuanto a lo acordado acerca del Privilegio de la Fe en el Protocolo Final en relación con el artículo VIII del Concordato, es entendido que el estado de libertad civil de los cónyuges de que habla el documento de ratificación del Concordato implica la disolución del vínculo civil por las causas y procedimientos establecidos por la legislación civil colombiana.

b.) En vista de las instancias de Familia que el Estado Colombiano estudia crear, la declaración del Protocolo Final en relación con el artículo IX se interpreta en el sentido de que los futuros jueces civiles de familia y las salas de familia que sean establecidas en los Tribunales Superiores puedan ser en razón de sus características y especialización respectivamente primera y segunda instancia para la tramitación de las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos.

Mientras se establecen dichas instancias de familia, las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos podrán ser provisionalmente tramitadas ante los jueces civiles del circuito en primera instancia y en segunda ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

En consecuencia tengo el honor de proponer que lo expuesto en la presente Nota, así como la respuesta que en idénticos términos tenga a bien darme Vuestra Excelencia, constituya la interpretación y aplicación dadas de común acuerdo a las disposiciones concordatarias.

Queda evidentemente entendido que el Concordato, como Tratado Internacional, continúa regido para todos sus efectos por las normas del Derecho Internacional General y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ..".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Cita el actor como violados los artículos 53, 76 numeral 18, 120 numeral 20 y 218 de la Constitución Nacional de 1886: 189 numeral 2° y 150 numeral 16 de la Constitución Política de 1991; artículo 6° del Decreto 1440 de 6 de Agosto de 1970 y 16 del Decreto 2019 de 26 de octubre de 1970; artículo 46 de la Ley 32 de 1985, y la reserva que hizo Colombia cuando aprobó la Convención de Viena: sobre Derecho de los Tratados a que hace mención la citada Ley.

En síntesis expresa así el concepto de la violación:

1. Tanto el Acta de Canje de Instrumentos de Ratificación de 1975 como el Canje de Notas de 1985, son sendos Tratados de Derecho Internacional, y a través de los mismos se modifica el Concordato aprobado por la Ley 20 de 1974, lo que hace que se quebranten los artículos 53 y 120 numeral 20 de la Constitución Nacional de 1886, ya que ni el Embajador ni el Canciller se pueden considerar aisladamente como "Gobierno" de la República de Colombia, y la facultad para celebrar convenios con la Santa Sede compete únicamente al Presidente de la República.

2. Se vulnera el artículo 76 numeral 18 *ibídem* porque el tratado debió someterse a la aprobación del Congreso y, se modificó el artículo 218 *ibídem* al establecer nuevas formas de aprobación de los Tratados Internacionales no contempladas en la Carta, modificándose también el Código de Procedimiento Civil que señala la competencia para dirimir los trámites sobre separación de cuerpos en los Tribunales de Distrito Judicial en la primera instancia y en la Corte Suprema de Justicia para la segunda instancia.

3. El Canciller de 1985 estaba obligado a obedecer la Ley 32 de 1985 en cuanto a que la convención de Viena fue aprobada por Colombia con la siguiente reserva: "En cuanto al artículo 25, hace la reserva de que la Constitución Política de Colombia no permite la entrada en vigor provisional de los Tratados; pues corresponde al Congreso Nacional aprobar o improbar los tratados y convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o Entidades de Derecho Internacional", lo que hace deducir que las condiciones y la fecha de vencimiento pactados por el Embajador de Colombia en el Acta de Canje de Ratificación ocurrida en 1.975 son válidos ante el derecho internacional pero nulos ante el derecho interno, mientras que el Canje de Notas que modificó el Concordato en 1985, es nulo ante el derecho interno y el derecho internacional, y por ello Colombia no está obligada por Concordato alguno debido a que el que existía fue modificado sin respetar la reserva.

4. El Concordato es nulo ante el derecho internacional por la violación que el Canje de Notas que lo modificó hizo del artículo 46 de la Convención de Viena que dispone que el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que la violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno, y como se puede reducir, se produjeron violaciones al derecho fundamental.

SECCION PRIMERA

5. Las violaciones de la Constitución Nacional de 1886 siguen vigentes con respecto a la Constitución de 1991 porque el texto y la filosofía de los artículos 189 numeral 2°. y 150 numeral 16 son del mismo tenor de los de la de 1886.

II- ACTUACION

Mediante proveído de 28 de octubre de 1992, se admitió la demanda.

El Ministerio de Relaciones Exteriores se notificó del auto admisorio y constituyó apoderada, la cual al dar contestación al *libelo* demandatorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones del mismo aduciendo, en resumen, lo siguiente:

1. El intercambio de notas es un acto administrativo de los que se enmarcan dentro de las atribuciones constitucionales que tiene el Presidente de la República para dirigir las relaciones diplomáticas y consulares con los demás Estados y entidades de derecho internacional.

2. Frente al primero de los actos acusados, no es posible afirmar que el Embajador ante la Santa Sede era funcionario incompetente para celebrar el Canje de los Instrumentos de Ratificación, pues el citado Embajador era Extraordinario y Plenipotenciario y contaba además con plenos poderes para proceder al Canje respectivo y efectuar las declaraciones que constan en el Acta, ya que si bien el artículo 120 numeral 20 de la Constitución de 1886, el competente para celebrar Tratados es el Presidente, esto no implica que todos los actos, pasos, etc., que se requieren para la celebración de un Tratado (acto complejo), tengan que estar a su cargo, porque ello resultaría físicamente imposible.

3. Frente al segundo de los actos acusados, tratándose del Ministro de Relaciones Exteriores, dada la naturaleza del cargo y las funciones que desempeña, se reconoce no solo a nivel interno sino internacional, como revestido de la representación, es decir que no se precisa de autorización expresa o plenos poderes para actuar a nombre del Estado en la celebración de Tratados. Así se infiere del numeral 2o. del artículo 7o. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

4. El Canje de Instrumentos de Ratificación celebrado en 1975 constituye el paso mediante el cual se perfeccionó el Concordato y su Protocolo. El Canje de Notas de 1985 se realizó con posterioridad al perfeccionamiento del Concordato para interpretar y aplicar las normas contenidas en éste, cuál está

dentro de las funciones del Ministro de Relaciones Exteriores según el artículo 1o. del Decreto el 2017 de 1968.

5. Los actos acusados no tenían que sujetarse a la aprobación de la Ley porque el Concordato ya había sido aprobado y porque el último de ellos no constituye modificación alguna.

III. CONCEPTO FISCAL.

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación considera que no deben prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto lo acordado en el Acta no es más que el normal desarrollo del Acuerdo Fundamental: proceder de común acuerdo. Además, el Acta de 1975 es congruente con la previsión del artículo IX del Protocolo Final, y en cuanto a la competencia, basta remitírse al Artículo 1o. del Decreto 2017 de 1968 y atenerse a las prácticas del derecho consuetudinario internacional, al derecho internacional y a la Convención de Viena, para concluír que los actos fueron suscritos por funcionarios competentes.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala, en sentencia de 13 de agosto de 1992, expediente No. 1614, precisó que desde el punto de vista del derecho internacional, para que un Tratado Público, pueda entrar en vigor requiere necesariamente del agotamiento de los siguientes pasos: negociación, adopción del texto, firma, aprobación, ratificación y canje de los instrumentos de ratificación.

Desde el punto de vista del derecho interno un Tratado es válido, conforme lo disponía el, artículo 76 numeral 18 de la Carta de 1886, que corresponde al artículo 224 de la actual, cuando sea aprobado por el Congreso, a través de una Ley, ley esta que es controlable constitucionalmente.

Significa lo anterior que la legislación interna no regula aspectos atinentes a la eficacia de un Tratado sino a su validez, pues élla es del resorte del, derecho internacional. Tal es el caso del Canje de Instrumentos de Ratificación, último paso que perfecciona un Tratado, y permite la entrada en vigencia del mismo.

Observa la Sala además, que habida cuenta que tal acto, así como el deposito, en tratándose de Tratados multilaterales, no es más que la reiteración

de la voluntad o consentimiento bilateral, de obligarse en virtud del Tratado que se ha celebrado, tal característica lo excluye de la naturaleza de acto administrativo por ser unilateral, lo que hace que no sea susceptible de, control jurisdiccional por esta Corporación.

Considera oportuno la Sala traer a colación apartes del auto de 21 de abril de 1993, proferido por la Corte Constitucional, expediente D-241, Magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara, al confirmar el auto que rechazó la demanda presentada contra el Acta de Barahona. Dijo dicha Corporación esa oportunidad:

> "..la Corte Constitucional sólo es competente para revisar la exequibilidad de Tratados Internacionales que aún no han sido ratificados, lo cual exige un control previo de carácter temporal..."
>
> "... Además, en materia constitucional, bien es sabido que la competencia debe ser expresa y manifiesta en beneficio de la "seguridad jurídica" que debe imperar dentro del Estado de Derecho que nos rige, aparte de que una eventual existencia de un control posterior o intemporal sobre la materia, luego de su ratificación no se encuentra consagrada en el citado precepto constitucional ..." (se refiere la Corte al artículo 241 de la Carta).
>
> "... De lo anterior se colige que después de perfeccionado el Tratado, se pierde la capacidad de su juzgamiento interno, haciendo tránsito al campo del Derecho Internacional ..."
>
> "... Producida la ratificación del tratado, la modificación del mismo o su derogatoria no puede darse por el camino del ejercicio de la acción pública sino por la vía de la negociación directa entre las partes contratantes y con la potestad presidencial en el manejo de las relaciones internacionales y cuando quiera, que este no se adecúe los lineamientos constitucionales a efectos de reajustar las cláusulas qué resulte contrarias a dichos mandatos..."

En conclusión, como lo expresara el Magistrado Manuel Gaona Cruz, citado en el salvamento de voto del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo a la sentencia de 5 de febreró de 1993, proferida por la Corte Constitucional al estudiar la Ley 20 de 1974, aprobatorio del Concordato:

> "...La competencia nacional de juzgamiento se pierde después de perfeccionado el Tratado-Ley; a partir de ese momento el acto se **sale** del mero ámbito del derecho interno. Se **"desnacionaliza", cambia de juez, se convierte en sello jurídico complejo y completo del**

compromiso estatal frente a los demás estados o a instituciones internacionales, transciende al Derecho Internacional y se torna indesatable por la Jurisdicción nacional".

En lo que toca con la Nota enviada por el Ministro de Relaciones Exteriores en 1985 al Nuncio Apostólico de Su Santidad, Monseñor Angelo Acerbi, cabe precisar lo siguiente:

Preceptúa el artículo XXIX del Concordato suscrito entre la República de Colombia y la Santa Sede:

> "En la ejecución de las disposiciones contenidas en este Concordato, como en sus reglamentaciones y para resolver amistosamente eventuales dificultades relativas a su interpretación y aplicación, las Altas Partes Contratantes procederán de común acuerdo".

Del contenido del acto acusado transcrito inicialmente y de la disposición consagrada en el artículo XXIX del Concordato, se infiere sin mayor esfuerzo que el objeto de aquél es interpretar, para efectos de su aplicación,. las declaraciones que en el Protocolo Final se hicieron respecto de los artículos VIII y IX.

Se trata pues de actos de ejecución de cláusulas del Tratado, posteriores a la aprobación que la Ley 20 de 1974 le impartió a éste, y como tales han trascendido al ámbito del derecho internacional, al cual pertenecen, lo que los hace no susceptibles de control jurisdiccional interno.

Resulta propicia la ocasión para reiterar que esta Corporación ha asumido en otras oportunidades el control jurisdiccional de actos proferidos unilateralmente por autoridades administrativas colombianas, que si bien es cierto en un momento dado hubieran podido llegar a tener alguna connotación internacional, como quiera que su expedición no ha estado afecta a la existencia previa de un Tratado perfeccionado, esto es, que esté produciendo o haya producido plenos efectos, y por lo mismo les haya servido de sustento, han caído en la órbita de la legislación interna que los hace enjuiciables a través del control que ésta establece. Tal circunstancia no es la que acompaña al casos que nos ocupa.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a un pronunciamiento inhibitorio, por falta de jurisdicción, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

SECCION PRIMERA

En mérito de lo expuesto, al 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 :

INHIBESE de proferir pronunciamiento de fondo, por falta de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CORPORACION NACIONAL DE TURISMO - Reestructuración

No se han desconocido los fines esenciales del Estado pues el Decreto en estudio prevé como funciones de la Corporación Nacional de Turismo, en su artículo 2o., las de promocionar el mercado turístico de Colombia dentro del país y en el exterior; preparar programas de desarrollo turístico y preparar programas para la promoción turística del país. De otro lado resulta lógico que el Gobierno Nacional pueda señalar las directrices para la política que deba adoptar la entidad en el área del turismo, lo cual no implica, y así se deduce expresamente del contenido de las funciones asignadas a la Junta Directiva, que ésta pierda la autonomía que tiene respecto de los planes y programas de promoción y fomento del turismo que se han de desarrollar, principal objetivo de la Corporación y a cuyo cargo está la respectiva aprobación. En cuanto a las funciones que atribuye el Decreto cuestionado el Gerente para nombrar y remover libremente el personal al servicio de la Corporación, no aprecia la Sala que vulnere las normas constitucionales citadas por la actora, pues, conforme al artículo 8o. del Decreto 2700 de 1968, los estatutos de la entidad determinarán quienes además del Gerente son empleados públicos. De tal suerte que si en dichos estatutos o en Acuerdos de la Junta Directiva aprobados por el Gobierno Nacional se ha previsto que en la Corporación Nacional de Turismo haya cargos desempeñados por empleados públicos, por ser éstos de libre nombramiento y remoción, nada impide que se asigne al Gerente la facultad que se ha previsto en el acto en estudio. SE LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la frase "...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo...", contenida en el art. 25 del Decreto 2154 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

SECCION PRIMERA

GOBIERNO NACIONAL - Facultades / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES -Temporalidad / SUPRESION DE EMPLEOS/ DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia

Por tener las facultades atribuidas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 naturaleza legislativa, en razón de la materia contenida en ellas (art. 150 numeral 7o.) de la Constitución) difiere por lo mismo sustancialmente de las facultades administrativas que en forma permanente, por mandato de los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1968, ejercen las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, para adecuar la estructura interna y la planta de personal a la decisión bien sea de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se haya adoptado. Por esta razón la indicación de un término para su ejercicio ha de entenderse circunscrito al fin específico de los efectos de tal decisión y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de ella resulten privadas de su cargo o empleo. Por esta razón podía el Gobierno prever como causal de retiro la supresión de un cargo o empleo como consecuencia de las facultades previstas en la norma transitoria, lo cual armoniza con el precepto constitucional contenido en el artículo 125. De la misma manera se ha entendido que dichas facultades llevan ínsita la supresión de cargos o empleos, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar, por lo cual podía el Gobierno tomar esa determinación sin que con ello se desconozcan los artículos 25, 53, 55, 122, 125, 150 numeral 19 literales e) y f) y 189 numeral 14 de la Constitución, entre otras razones por cuanto como lo admitió la Sala, cuando de la aplicación del transitorio 20 se trata, no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en virtud de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, ya que ante todo debe imperar el principio de la prevalencia del interés general que informa al Estado Social de Derecho, y en virtud del cual el Constituyente buscó que se adecuara la estructura interna y las plantas de personal de las respectivas entidades a las necesidades del servicio para obtener el fin último: ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

EXP. - 2348

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2348. Acción: Nulidad. Actor: MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ Y OTROS.

MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ y cincuenta y cuatro ciudadanos más, ocurrieron ante esta Corporación en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., para solicitar la declaratoria de nulidad del Decreto 2154 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se restructura la Corporación Nacional de Turismo de Colombia", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Señala la actora como vulnerados con el acto acusado, el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4 y 25, 39, 44, 52 a 56, 67, 70, 93, 103, 122, 125, 127, 129, 150 numerales 7o., 9o. literales e) y f) y 14, 189 numerales 14, 16 y 23, 209, 333, 334, 339, 355 y Transitorio 20 de la Constitución Política.

Hace consistir, en síntesis, el concepto de la violación así:

PRIMER CARGO:

Los artículos 1 a 6, 8 y 11 del Decreto 2154 de 1992 vulneran los artículos 1, 2, 44, 52, 67, 70, 93, 103, 150 numeral 7o., 189 numeral 34 de la Constitución Política, por cuanto la reestructuración hecha en ejercicio de las atribuciones que le confiere al Gobierno Nacional artículo transitorio 20 no está en consonancia con los mandatos de la Carta ya que se desconocen los fines, esenciales del Estado, la garantía que éste debe dar a la recreación, a la práctica del deporte, a la cultura y al aprovechamiento del tiempo libre, derechos éstos reconocidos en la Declaración de los derechos Humanos aprobada por la ONU en 1948.

La naturaleza y funciones de la Corporación se desvirtúan por la forma de integrar los organismos de dirección y de determinar las funciones de la Junta Directiva y del Gerente. Así, en el artículo 4o. se integra la Junta con los Ministros de Desarrollo Económico y de Relaciones Exteriores y los miembros nombrados por el Presidente de la República y no se encuentran representados

en ella entidades que tienen que ver con el turismo, violándose así el artículo 103 de la Constitución al negarle a éstas la participación democrática en la dirección de la entidad.

Se observa un cambio en las funciones de la Junta Directiva y se entregan funciones a iniciativa del Gobierno perdiendo aquélla autonomía administrativa para formular planes y programas y determinar la política general en materia de turismo, contradiciéndose así la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado.

Se otorgan funciones al Gerente para nombrar y remover libremente el personal como si se tratara de empleados de libre nombramiento y remoción, cuando en la entidad, todos, a excepción del Gerente, son trabajadores oficiales.

El Comité de Coordinación para el trámite de certificados (artículo 8o.) está integrado sólo por entidades oficiales y no están representados los intereses de las personas y entidades dedicadas profesionalmente al turismo.

En ningún caso, según el Decreto acusado (artículo 11), la Corporación prestará directamente el servicio turístico, lo cual es inconstitucional porque el Estado debe garantizar directamente a todas las personas la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (artículo 52).

SEGUNDO CARGO:

El Decreto acusado omitió la evaluación y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno, violándose así los artículos 1, 52 y Transitorio 20.

Examinados la totalidad de los memorandos elaborados por la comisión, no se hace referencia alguna a la reestructuración de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia.

TERCER CARGO:

Cuando el Gobierno Nacional reestructuró la Corporación Nacional de Turismo de Colombia no observó el término de 18 meses que imponía el artículo Transitorio 20, prolongando en el artículo 25 en seis meses más las atribuciones que le fueron conferidas para realizar la reestructuración cual viola ostensiblemente Los artículos 4o. y Transitorio 20 de la Carta.

CUARTO CARGO:

Los artículos 6o. numeral 2o. y 10 del Decreto acusado son nulos e inconstitucionales por cuanto el artículo Transitorio 20 no le da facultad al Gobierno Nacional para contratar empréstitos internos y externos, quebrantándose así los artículos 189 numeral 23, 150 numerales 9o. y 14, 127 a 129, 209 339 y 355 de la Constitución Política, ya que la contratación administrativa es la principal fuente de inmoralidad y corrupción que afecta gravemente los intereses de la comunidad.

QUINTO CARGO:

Los artículos 7o. y 12 a 27 del Decreto en mención son nulos e inconstitucionales porque el artículo transitorio 20 no le da facultad al Gobierno para crear, suprimir o fusionar los cargos o empleos que demanda la administración central. De esta manera se violan los artículos 25, 53, 122. 125 y 189 numeral 14 de la Constitución Política, ya que la competencia, para crear, fusionar o suprimir tales empleos está limitada claramente por la ley y las obligaciones a cargo del tesoro que deben estar previstas en el presupuesto correspondiente.

El Gobierno Nacional no podía modificar las condiciones de empleo de sus trabajadores oficiales y menos aún delegar en las Juntas Directivas la supresión de empleos, la modificación del régimen salarial, prestacional y pensional, la modificación de la planta de personal, lo cual es atribución exclusiva de la ley conforme al artículo 125 de la Carta.

SEXTO CARGO:

Los artículos 5o. numeral 7o. 6o. numeral 13 y 12 a 26 del Decreto acusado son nulos e inconstitucionales porque el artículo Transitorio 20 no le da facultad al Gobierno Nacional para fijar o modificar el régimen salarial, prestacional y convencional de los trabajadores oficiales, consagrados en Leyes, Decretos Leyes y Reglamentarios que consagran beneficios mínimos, condiciones de trabajo, salarios, seguridad social, régimen disciplinario, ingreso y retiro, etc., beneficios mínimos que son irrenunciables (art. 53) y que no pueden desmejorarse por el Gobierno ni aún en los estados de excepción (art. 215). Por ello se vulneran los artículos 25, 53, 55, 58 y 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución.

SECCION PRIMERA

II-. ACTUACION:

Mediante proveído de 18 de mayo de 1993 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos de la frase "... dentro de los seis meses siguientes a la vigencia del mismo...", contenida en el artículo 25 del Decreto 2154 de 1992.

Del auto admisorio se notificó la Nación -Ministerio de Desarrollo Económico- quien a través de apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo al efecto lo siguiente:

Respecto del primer cargo:

El Decreto 2154 de 1992 cumple una orden emitida por el Constituyente, y garantiza los derechos fundamentales de la finalidad especifica de redistribuir las competencias y recursos que la Constitución establece, consistente en disminuir el tamaño del aparato estatal para ponerlo en consonancia con los mandatos que transfirieron parte de las competencias y recursos a las entidades territoriales.

Debe resaltarse que la Constitución desplaza a las entidades territoriales la carga de la atención de la necesidades locales con lo cual la periferia asume la mayor responsabilidad y recibe en contraprestación la mayor parte de los recursos.

Olvida la demandante que el artículo 1o. de la Carta señala que Colombia se funda en La prevalencia del interés general, por lo tanto la organización y funcionamiento de la administración no puede estar limitada por situaciones particulares. De ahí que la reestructuración no vulnere el principio de Estado Social de Derecho.

Si bien es cierto el decreto ve la necesidad de suprimir cargos, establece un régimen de indemnización.

Por el hecho de la reestructuración no se violan los derechos que enuncia la actora pues éstos se realizan a través de otras entidades y mediante diferente reglamentación como por ejemplo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Código del Menor, Coldeportes y los institutos de las diferentes entidades territoriales el Ministerio de Educación, el ICFES, el ICETEX, el Instituto Colombiano de Cultura. Todos ellos promueven y garantizan el acceso a la cultura. Y en cuanto a los mecanismos de participación democrática, deben ser reglamentados por la ley.

En cuanto al segundo cargo:

En el Acta No. 9 de 2 de diciembre de 1992 de la Comisión Evaluadora se ve con toda claridad que ésta se ocupó en forma expresa de la reestructuración de la Corporación Nacional de Turismo y tres miembros de aquélla dejaron constancia, en memorando de 26 de diciembre de 1992 de su postura minoritaria sobre la reestructuación.

En lo concerniente al tercer cargo:

No se están ampliando las facultades excepcionales que el Gobierno tenía por tiempo limitado. El proceso de reestructuración tiene tres momentos: la decisión de reestructurar en el cual se ordena al Gobierno dictar las normas con rango de ley; el momento legal (expedición del Decreto de reestructuración); y el momento administrativo: ejecución de la reestructuración, modificación de las plantas de personal y de los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Respecto del cuarto cargo:

De acuerdo con el artículo 189 numeral 23 de la Carta el Gobierno tiene autorización para contratar.

La norma acusada no autoriza al Gobierno para contratar, sino a la corporación, persona jurídica autónoma para celebrar contratos de empréstito de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

Es lógico y necesario que en la reestructuración de una entidad se señalen las funciones y actividades que puede realizar, y la capacidad de celebrar contratos es inherente a toda empresa para que pueda cumplir con aquellas. Además, la Constitución de 1991 no prohíbe celebrar contratos de empréstito sino que tan solo los somete a las reglamentaciones legales.

En cuanto al quinto cargo:

Al reestructurarse una entidad debe organizarse la planta de personal para adecuarla, a tal reestructuración.

La facultad de crear, fusionar o suprimir empleos en el caso concreto de las empresas industriales y comerciales del Estado es atribuida en forma ordinaria a la Junta Directiva de la respectiva entidad. La norma acusada tiene rango de ley y ratifica dicha facultad sin que pueda predicarse violación de norma constitucional alguna.

SECCION PRIMERA

En lo que atañe al sexto cargo:

Se aclara que el Gobierno Nacional no modifico el régimen salarial sino que estableció un régimen especial de indemnización por la circunstancia excepcional de la expedición de una nueva Constitución y la necesidad de colocar en consonancia la estructura de la administración con ésta. El régimen indemnizatorio pretende compensar al trabajador, por una circunstancia especialísima que determina su desvinculación, que resulta independiente de la gestión que venía desempeñando cada trabajador.

III-. CONCEPTO FISCAL:

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación estima que las pretensiones de la demanda no deben prosperar por lo siguiente: la función dada por el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional es de naturaleza legislativa, por lo cual éste podía dentro del término derogar, subrogar o modificar las normas existentes relativas a la estructura de las entidades que allí se mencionan; la función de suprimir o fusionar empleos es aneja a la de reestructurar y nada impedía al Gobierno señalar término en el cual el órgano competente debía proceder a cumplir las funciones administrativas que dieran lugar a desarrollar la reestructuración; el contenido del artículo 2o. numerales 1 a 9 del decreto acusado se contrapone al cargo de la actora de violación del derecho a la recreación; las recomendaciones, de los expertos no eran obligatorias para el Gobierno; la tarea administrativa de adecuar la estructura interna de la planta de personal es propia de la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo; el Gobierno está autorizado para celebrar contratos y delegar esta función en los representantes legales de las entidades descentralizadas; y el programa indemnizatorio es el mismo indicado en la legislación laboral vigente.

IV-. LA DECISION:

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En lo que respecta al primer cargo observa la Sala lo siguiente:

Los artículos 1o. a 6o., 8o. y 11 del Decreto acusado regulan lo relativo a la naturaleza de la Corporación Nacional de Turismo, funciones de ésta, órganos de dirección y administración, sus funciones, Comité de Coordinación para el

trámite de certificados de Desarrollo Turístico y a la participación de la entidad en empresas proyectos.

Del contenido de dichas normas no surgen para la Sala las violaciones aducidas por la actora. En efecto, no se han desconocido los fines esenciales del Estado pues el Decreto en estudio prevé como funciones de la Corporación Nacional de Turismo, en su artículo 2o., las de promocionar el mercado turístico de Colombia dentro del país y en exterior; preparar programas de desarrollo turístico y preparar programas para la promoción turística del país.

De igual manera tampoco acierta la actora cuando pretende afirmar que la nueva forma de integrar los organismos de dirección en el acto que se acusa, desvirtúan la naturaleza y funciones de la Corporación, ya que tanto en el citado Decreto como en el que creó la entidad en 1968 (Decreto 2700), la composición de la Junta Directiva es similar. Por ello no puede decirse que haya habido, a raíz de la expedición del acto acusado, una variación en los organismos de dirección de la entidad y que ella incida en la naturaleza y funciones de la misma.

Ahora bien, la no inclusión en la Junta Directiva de organizaciones dedicadas al turismo no vulnera el artículo 103 de la Carta Política pues este precepto está supeditado, como se infiere de su contenido, a la reglamentación o desarrollo que de él haga la Ley, sobre cuáles han de ser los mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública, y cómo han de operar, lo cual, de una parte, no ha acontecido, y, de otra de expedirse la Ley y prever ésta que uno de tales mecanismos es pertenecer a los organismos de dirección de las entidades de Estado, nada impide que posteriormente se puedan adecuar los estatutos a las nuevas previsiones legales sobre la materia.

Tampoco asiste razón a la actora cuando argumenta que con el Decreto acusado se cambiaron las funciones de la Junta Directiva al dejárselas al Gobierno, lo que le resta autonomía y desvirtúa la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado que tiene la entidad reestructurada, pues, de un lado, el aludido Decreto es claro en el artículo 1o. al señalar la naturaleza de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia como empresa industrial y comercial del Estado y que en tal virtud continuará teniendo personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y, de otro lado, resulta lógico que el Gobierno Nacional pueda señalar las directrices para la política que deba adoptar la entidad en el área del turismo, lo cual no implica, y así se deduce expresamente del contenido de las funciones asignadas a la Junta Directiva, que ésta pierda la autonomía que tiene respecto de los planes y

programas de promoción y fomento del turismo que se han de desarrollar, principal objetivo de la Corporación, y a cuyo cargo está la respectiva aprobación.

En cuanto a las que atribuye el Decreto cuestionado al Gerente para nombrar y remover libremente el personal al servicio de la Corporación, no aprecia la Sala que vulnere las normas constitucionales citadas por la actora, pues, conforme al artículo 8o. del Decreto 2700 de 1968, los estatutos de la entidad determinarán quienes además del Gerente son empleados públicos. De tal suerte que si en dichos estatutos o en Acuerdos de la Junta directiva aprobados por el Gobierno Nacional se ha previsto que en la Corporación Nacional de Turismo haya cargos desempeñados por empleados públicos, por ser éstos de libre nombramiento y remoción, nada impide que se asigne al Gerente la facultad que se ha previsto en el acto en estudio.

Finalmente, el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre a que se refiere el artículo 52 de la Carta Fundamental, bien puede prestarse por el Estado a través de particulares, sin que por ello se transgreda la norma constitucional en cita, pues el artículo 365 *ibídem* permite que el Estado preste directa o indirectamente los servicios públicos mediante comunidades organizadas particulares, con tal que él ejerza sobre los mismos la debida regulación, control y vigilancia.

Por las anteriores razones será desestimado el primer cargo.

En lo que concierne al segundo cargo, como bien lo hace notar el apoderado de la Nación- Ministerio de Desarrollo Económico, la comisión evaluadora del Gobierno sí tuvo conocimiento del proyecto de restructuración de la entidad, como consta en el Acta No. 9 de 2 de diciembre de 1992 (folio 4 cuaderno de anexos), y sobre el mismo expresó la imposibilidad de reformar la entidad a la luz del artículo transitorio 20 por estar ésta en consonancia con la nueva Carta. De tal manera que carece de fundamento el cargo que endilga la actora en cuanto a que fue omitida la evaluación de dicha Comisión y que por ello no existe memorando alguno sobre el tema.

Por lo demás, esta Corporación ha reiterado en diferentes pronunciamientos que la función de la Comisión Asesora era la de ilustrar, recomendar, sugerir, todo ello en atención a sus profundos conocimientos sobre el tema, pero de ninguna manera ello significa la por parte del Gobierno de acoger dichas sugerencias o recomendaciones.

En lo que toca con el tercer cargo, hace una vez más énfasis la Sala en la posición que ha venido adoptando a partir del fallo proferido el 9 de septiembre del presente año, expediente No. 2309, actor: Juan Manuel Arrieta Herrera y

otro, en cuanto a que por tener las facultades atribuidas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 naturaleza legislativa, en razón (artículo 150 numeral 7o. de la constitución), difiere por lo mismo sustancialmente de las facultades administrativas en forma permanente, por mandato de los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1.968 ejercen las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, para adecuar la estructura interna y la planta de personal a la decisión bien sea de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se haya adoptado. Por esta razón la indicación de un termino para su ejercicio ha de entenderse circunscrito al fin específico de los efectos de tal decisión y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de ella resulten privadas de su cargo o empleo.

Lo anterior conduce a la Sala a despachar desfavorablemente el cargo y a levantar la suspensión provisional de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 25 del Decreto enjuiciado, como en efecto lo hará en la parte resolutiva de esta providencia.

En lo tocante al cuarto cargo cabe tener en cuenta lo siguiente:

Los artículos 6o. numeral 2o. y 10 acusados previenen que el Gerente de la Corporación Nacional de Turismo puede celebrar contratos, entre ellos de empréstitos internos y externos, para el cumplimiento, de los fines de la entidad conforme a las disposiciones legales y a los Acuerdos de la Junta Directiva.

Según la actora estas disposiciones al autorizar al Gobierno la celebración de contratos vulneran los artículos transitorio 20, 127 a 129, 150 numerales 9o. y 14, 189 numeral 23, 209, 339 y 355 de la Carta Política por ser la contratación administrativa la principal fuente de inmoralidad y corrupción.

Estima la Sala que el cargo no tiene vocación de prosperidad ya que, de una parte, las normas acusadas no están autorizando al Gobierno sino a la Corporación Nacional de Turismo, y, de otra parte, la Carta Política no prohíbe a las entidades, para desarrollar los fines del Estado, la celebración de contratos. Por el contrario, al haber suprimido aquélla la posibilidad de decretar auxilios y donaciones y con el fin de impulsar programas y actividades de interés público (artículo 355) y atender una adecuada prestación de los servicios públicos (artículo 365), ha previsto la celebración de los mismos, la cual debe ajustarse a las previsiones constitucionales y legales consagradas al efecto.

De otra parte, si el Gobierno Nacional estaba facultado por el artículo transitorio 20, entre otras atribuciones para reestructurar, como en este caso, una empresa industrial o comercial del Estado, lógico es concluir que ello implica

el señalamiento de funciones de los órganos de dirección y administración de la entidad, y dentro de ellas no resulta ajena la posibilidad de contratar.

En lo referente a los cargos quinto y sexto la Sala advierte lo siguiente:

Como lo ha expresado la Corporación reiteradamente, los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, dado que las funciones de reestructuración, fusión y supresión de las entidades que allí se mencionan ordinariamente son del resorte del Congreso, sólo que éste en razón de la revocatoria del mandato no podía hacer uso de ellas y por ello le fueron asignadas excepcional y transitoriamente a aquél.

Por esta razón podía el Gobierno prever como causal de retiro la supresión de un cargo o empleo como consecuencia de las facultades previstas en la norma transitoria, lo cual armoniza con el precepto constitucional contenido en el artículo 125.

De la misma manera se ha entendido que dichas facultades llevan ínsita la supresión de cargos o empleos, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar, por lo cual podía el Gobierno tomar esta determinación sin que con ello se desconozcan los artículos 25, 53, 55, 122, 125, 150 numeral 19 literales e) y f) y 189 numeral 14 de la Constitución, entre otras razones por cuanto como lo admitió la Sala en la sentencia de 9 de septiembre de 1993 ya citada, reiteró en la sentencia de 11 de noviembre del presente año, expediente No. 2400, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, cuando de la aplicación del transitorio 20 se trata, no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en virtud de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, ya que ante todo debe imperar el principio de la prevalencia del interés general que informa al Estado Social de Derecho, y en virtud del cual el Constituyente buscó que se adecuara la estructura interna y las plantas de personal de las respectivas entidades a las necesidades del servicio para obtener el fin último: ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Por lo demás, dada la fuerza de Ley que poseen los Decretos como el *sub examine*, puede afirmarse que el Gobierno ha obrado con sujeción a los principios y reglas que define la Ley, como lo manda el artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política, y en cuanto a las obligaciones a cargo del tesoro, aquél puede crearlas siempre y cuando no excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales, como lo dispone el artículo 189 numeral 14 *ibídem.*

Las anteriores consideraciones inducen a la Sala a denegar las pretensiones de la demanda y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

1o): DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

2o): LEVANTASE la suspensión provisional de los efectos de la frase "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo ...", contenida en el artículo 25 del Decreto 2154 de 1992.

3o): DEVUELVASE a la actora el dinero depositado para gastos ordinarios del proceso por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera la jurisprudencia contenida en las sentencias de 9 de septiembre de 1993, Exp. 2309, Actor: JUAN MANUEL ARRIETA HERRERA, y la sentencia de 11 de noviembre de 1993, Exp. 2400, Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

FAC / PILOTO / SANCION DISCIPLINARIA / CONSEJO DE VUELO / INSUFICIENCIA DE VUELO

Las causales previstas en los literales c), d) y e) del expresado artículo 101 (indisciplina de vuelo, deficiencia sicofísica e incidente o accidente aéreo), que ameritan que un alumno sea llamado a Consejo de Vuelo, por sustracción de materia corresponden a la insuficiencia de vuelo de que trata el artículo 107 literal c, que constituye motivo para que la Junta Calificadora retire de la Escuela a un alumno. Resta observar que el hecho de que la calificación de la Junta hubiese sido la de "conducta no satisfactoria consistente en indisciplina de vuelo" no significa "mala conducta", pues un bajo rendimiento académico y una insuficiencia o deficiencia militar también son conductas que no satisfacen los objetivos ni llenan las aspiraciones que se buscan en la formación de un piloto de la Fuerza Aérea Colombiana y no por ello tales hechos son, constitutivos de mala conducta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente no. 2350. Recursos de apelación contra la sentencia de 9 de septiembre de 1992 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor: DIEGO HERNAN RINCON GOMEZ.

Se deciden los recursos de apelación oportunamente interpuestos por el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

y el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 9 de septiembre de 1992, proferida por la Sección Primera del mencionado Tribunal Administrativo.

I-. **ANTECEDENTES.**

I.1-. El señor DIEGO HERNAN RINCON GOMEZ, por medio de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca tendiente a que se hicieran las siguientes declaraciones:

a): Se declare la nulidad del acto administrativo de 29 de marzo de 1988, expedido por la Junta Calificadora de la Escuela Militar de Aviación "Marco Fidel Suárez" de Cali, mediante el cual se le separó del programa de dicha Escuela, por haber sido expedido en forma irregular y estar falsamente motivado;

b): Que se decrete igualmente la nulidad de la Resolución No. 2165 de 18 de abril de 1988, expedida por el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, que legalizó su baja como Alférez Brigadier de esa institución;

c): Que como consecuencia de dichas nulidades se condene a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Fuerzas Militares de Colombia- Fuerza Aérea-Escuela Militar de Aviación de Cali "Marco Fidel Suárez"- a la reparación del daño originado al demandante por los actos acusados o al pago de los perjuicios en la cuantía que fuere probada o se condene in genere señalando para ello las bases con las cuales se hará la liquidación incidental; y

d): Que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

I.2-. Como normas violadas se señalaron en la demanda: el Decreto No. 1776 de 27 de julio de 1979 (Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), Cuarta Parte: Capítulo II, artículos 80, 81. literal b; Capítulo IV, artículo 83 literal g; Capítulo VIII, artículos 108 a 110; Sexta Parte: Capítulo I, artículos 155 a 157; la Resolución No. 045 de 13 de marzo de 1986 (Reglamento de Formación de Oficiales de la Escuela Militar de Aviación) : Capítulo V, Artículos 27 a 31; Capítulo VI, artículos 32 a 34; Capítulo XII, artículo 60; Capitulo XV, artículos 93, 97, 98, 101,104 y 107; C.C.A. en sus artículos 44, 47 y 48; y Constitución Nacional de 1886 en sus artículos 16, 20, 21, 26, 28, 51, 62 y 63.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

SECCION PRIMERA

Como culminación de la primera instancia se profirió la sentencia de 9 de Septiembre de 1992, la cual fué oportunamente apelada por el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el apoderado de la parte actora.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dispuso básicamente en la parte resolutiva de la sentencia apelada, lo siguiente: a): Declarar la nulidad del acto administrativo, expedido por la Junta Calificadora de la Escuela Militar de Aviación "Marco Fidel Suárez" de Cali, mediante el cual se separó del programa de dicha Escuela a Diego Hernán Rincón Gómez; y de la Resolución No. 2165 de 18 de abril de 1988, expedida por el Ministro de Defensa Nacional, que legalizó la baja del actor como Alférez de la Escuela Militar "Marco Fidel Suárez" de Cali; b): Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- a pagar al actor como compensación del daño moral el equivalente de 1000 gramos oro en la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme la certificación del Banco de la República, y por concepto de perjuicios materiales la suma de $737.348,31 moneda corriente; y d): Negar las demás pretensiones de la demanda.

Para adoptar la anterior decisión, el *a-quo* razonó así:

1-. Respecto de la excepción de indebida acumulación de pretensiones propuesta por la entidad demandada, no se configura dado que de la interpretación de la demanda se deduce que no se están incoando en forma acumulada las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa sino simplemente se solicita la nulidad y reparación del daño causado, lo que es procedente reclamar al tenor de lo expresado en el artículo 85 del C.C.A. Distinto acontece cuando los perjuicios se derivan de un hecho, operación u omisión administrativa en la que sólo procede la acción de reparación directa, lo cual no ocurre en el evento *sub-lite*.

2-. En lo tocante al fondo del asunto se considera que al haber ingresado el actor a la Escuela Militar de Aviación "Marco Fidel Suárez", institución de la Fuerza Aérea, quedó sujeto al Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares (Decreto 1776 de 1979), pues así lo dispone el artículo 33 literal a) de la Resolución No. 045 de 13 de Marzo de 1986 (Reglamento de Formación de Oficiales de la Escuela Militar de Aviación).

El Decreto 1776 de 1979 en su artículo 155 señala de manera taxativa las faltas o causales que ameritan separación de las Fuerzas Militares, mala conducta y cuyo juzgamiento se hace por el procedimiento del Tribunal

Disciplinario. Dentro de tales causales no se encuentra la invocada en este caso "indisciplina en vuelo", por lo cual mal podría habérsele retirado al actor con fundamento en ella y mucho menos sin el cumplimiento del respectivo trámite.

Si bien se cierto que la Junta Calificadora tenía, entre sus atribuciones, la de retirar a los alumnos por mala conducta (artículo 107 literal c), no lo es menos que para la escogencia de la causal y para el trámite debió acudirse al Reglamento Disciplinario para las Fuerzas Militares, como lo estatuye el artículo 97 de la Resolución 045 de 13 de marzo de 1986, remisión que es lógica por cuanto en este último no se contemplan las causales de mala conducta, las que deben estar expresamente consagradas en razón del principio de la tipicidad, que es propio del proceso disciplinario, circunstancia ésta que motivó la declaratoria de inexequibilidad de la causal b del artículo 155 citado, el cual en forma vaga y generalizada establecía como causal de mala conducta todo hecho que afectara la disciplina.

El Tribunal en un asunto similar, en que fué actor José Mauricio Pinilla Gómez, llegó a la conclusión que "la indisciplina en vuelo" no está consagrada expresamente como causal de retiro en la Resolución 045 de 1986 y no constituye tampoco causal de mala conducta según el artículo 156 del Decreto 1776 de 1979, por lo cual resulta falsamente motivada la Resolución que así lo consagre.

Esta última consideración tiene validez en el presente caso y por ello se accede a las pretensiones de nulidad de los actos acusados.

Se reconoce al demandante por concepto de perjuicios morales 1.000 gramos oro, teniendo en cuente la frustración y el dolor que debió causarle el no poder continuar su carrera, no obstante las aptitudes demostradas, dadas las calificaciones que de su rendimiento obran en el proceso.

A título de perjuicios materiales se reconoce al actor los valores pagados por concepto de matrícula y pensiones a la Escuela Militar tantas veces citada, así como por concepto de pólizas a la Compañía de Seguros Confianza, por una suma total de $249.475.oo, suma esta que actualizada con la fórmula: Ra (Renta actualizada) S (valor histórico) Indice final
Indice inicial

$$\text{Luego Ra} = \$249.475.oo \ \frac{254.33}{86.05} = \$737.348,31$$

No se le reconocen al actor como perjuicios materiales: a): El pago que debió hacer a la Compañía de Seguros Confianza por la suma de $809.000.oo, que ésta pagó a la Escuela Militar ya que no obra prueba en el expediente de que dicha compañía hubiera repetido contra aquél; y b): Lo que dejó de producir y dejará de percibir como profesional militar de la Fuerza Aérea Colombiana teniendo en cuenta su vida probable útil, ya que dicha pretensión está supeditada a la demostración de un daño real y efectivamente causado, además de que la reclamación aludida cae dentro del campo de lo hipotético, pues si bien se le dió de baja no fué inhabilitado para ejercer o desempeñar otra profesión o actividad.

Los reconocimientos no hechos justifican que se desestime el dictamen pericial recaudado en el proceso.

III-. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

III.1-. El Agente del Ministerio Público ante el *a-quo* fundamentó su recurso en las consideraciones que hizo en su vista fiscal y en el salvamento de voto de la Magistrada doctora Bertha Lucía González Zúñiga a la sentencia apelada.

En su vista fiscal, adujo, principalmente, lo siguiente:

A-. La demanda es inepta y amerita un fallo inhibitorio por existir acumulación indebida de pretensiones ya que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se busca que anulado el acto la consecuencia sea que se vuelva a una situación tal como si nunca se hubiese expedido este. Esto se traduce en que se cancelen los sueldos dejados de percibir y el reintegro al actor al mismo cargo. Es decir, que se repare el daño directo o inmediato.

En cambio, al incoar la acción de reparación directa se pretende la condena a la demandada a los perjuicios causados por el hecho dañoso, que comprenden: daño emergente, lucro cesante, lesión patrimonial y moral, como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

B-. Si se considera que a pesar de la ineptitud de la demanda hay mérito para un pronunciamiento de fondo, deben denegarse las pretensiones de la misma, ya que en el caso *sub lite* se dió cumplimiento al Reglamento de la Escuela Militar de Aviación, el cual establece el procedimiento disciplinario y las sanciones respectivas.

En efecto, el alumno fué citado a Consejo de Vuelo (artículo 101), y como la falta fué grave por haberse puesto en peligro la vida de los alumnos, el material aéreo a ellos confiado y podido generar una peligrosa tragedia en los

alrededores de la Escuela, de acuerdo con el artículo 104 se remitió el proceso a la Junta Calificadora, la cual, según el artículo 107, tiene facultad para separar del programa a los alumnos que incurran en insuficiencia académica, militar, de vuelo o de la respectiva especialidad, o por mala conducta.

La "indisciplina de vuelo" es una falta de tal gravedad que debe ser causal suficiente para la separación del programa del alumno, como lo decidió en este caso la demandada, por lo cual debe concluírse que no existió violación alguna en el asunto analizado.

En el salvamento de voto de la Magistrada ya mencionada, que sirve también de sustento al recurso en estudio, se sostiene que la Administración aplicó en debida forma los artículos 101, 104 y 107 del Reglamento; que la indisciplina de vuelo bien puede catalogarse como insuficiencia de vuelo; y que la Junta Calificadora decidió retirar al alumno por "conducta no satisfactoria" y no como protagonista de "mala conducta".

III.2-. El apoderado de la parte actora concreta su censura únicamente al valor de los perjuicios materiales, pues considera que debe modificarse la sentencia apelada en el sentido de que se tenga en cuenta el tasado en el dictamen pericial por concepto de lucro cesante, con la actualización correspondiente, ya que cuando se produce un acto o hecho que lesiona a la persona, ésta sufre un daño actual, es el emergente, y un daño futuro, que es lucro cesante. Ambos daños son indemnizables, independientemente de que la persona quede o nó inhabilitado para producir en otro campo, profesión o actividad.

Al quedar al márgen el actor de la profesión de militar de la Fuerza Aérea Colombiana quedó imposibilitado para producir en ese campo específico, generándose así un lucro cesante, es decir, lo que pudo producir en esa profesión durante su vida útil y que se lo impidió su retiro ilegal. Dicho lucro cesante ha sido establecido en el proceso y debe actualizarse ya que el cálculo se efectuó hace más de un año.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

IV.1-. En primer término debe la Sala precisar que no le asiste la razón al señor Agente del Ministerio Público ente el Tribunal de primera instancia en cuanto afirma que el fallo ha debido ser inhibitorio, prohijando la excepción de ineptitud de la demanda propuesta por la parte demandada, ya que las pretensiones planteadas por el actor en el libelo se adecuaron a las prescripciones del artículo 85 del Decreto Ley 01 de 1984, vigente cuando se presentó aquél, toda vez que este precepto reclama para ejercitar la acción que se impetre la

nulidas del acto que lesiona el derecho del demandante y el restablecimiento del mismo " O SE LE REPARE EL DAÑO", y en el presente caso el actor invocó la nulidad de actos administrativos y la reparación del daño que supuestamente se le infringió, acogiendo así la segunda opción resarcitoria que plantea la norma.

IV.2-. El aspecto central de la controversia se contrae a establecer si la causal de "indisciplina de vuelo" fué considerada o nó como causal de mala conducta, y si podía o nó la Junta Calificadora ordenar el retiro del demandante de la Escuela de Aviación "MARCO FIDEL SUAREZ" de Cali con base en dicha causal.

Para dirimir la contención, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

1-. A folio 3 del cuaderno principal obra el informe del Piloto Instructor T-34 CT. Alvaro Avellaneda Diaz dirigido al Comandante Grupo de Vuelos el 25 de Marzo de 1984, mediante el cual pone en su conocimiento que observó dos aviones, uno de los cuales al parecer quería írsele encima al otro para asustarlo, y que por lo tanto sugiere que los pilotos de los mismos deben ir a un control de vuelo.

El Consejo de Vuelo remitió el asunto a la Junta Calificadora (folio 4 *ibídem*), la cual determinó que la falta era grave, por cuanto no solo se pusieron en peligro las vidas de los pilotos sino el material volante, y la calificó como conducta no satisfactoria consistente en "indisciplina de vuelo", determinando el retiro de la Escuela de los alumnos, entre ellos el demandante (folios 42 y 43 *ibídem*).

2-. Es un hecho cierto que la Resolución No. 045 de 13 de marzo de 1986, contentiva del Reglamento de Formación de Oficiales de la Escuela Militar de Aviación, no consagra hechos constitutivos de causal de mala conducta, y cuando se refiere a la misma se remite al Reglamento de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares (artículos 33 literal a) y 97 literal d)).

Sin embargo, y en ello radica el error en que incurrió el *a-quo,* la indisciplina de vuelo tiene entidad propia, independiente de la causal de mala conducta. En efecto, el artículo 107 literal c de la citada Resolución señala como atribuciones de la Junta Calificadora la de "Retirar a los alumnos que incurran en insuficiencia académica, militar, de vuelo, de la respectiva especialidad, o mala conducta".

Cuando dicha norma habla de insuficiencia académica necesariamente guarda relación con el artículo 101 literales a y b *ibídem* que prevén que un alumno sea citado a Consejo de Vuelo por bajo rendimiento en las prácticas de

vuelo y deficiencia académica en materias relacionadas con cursos de tierra y conocimientos generales.

Cuando la norma en mención (artículo 107 literal c)) se refiere a la insuficiencia militar hay que remitirse al artículo 97 *ibídem* que señala las causales para que un alumno sea llamado a Consejo Militar, dentro de las cuales se encuentran el bajo promedio en aptitud militar y disciplina militar, acumular sanciones y cometer faltas que constituyan causal de mala conducta, de acuerdo con el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

De tal manera que las causales previstas en los literales c), d) y e) del expresado artículo 101 (indisciplina de vuelo, deficiencia sicofísica e incidente o accidente aéreo), que ameritan que un alumno sea llamado a Consejo de Vuelo, por sustracción de materia corresponden a la insuficiencia de vuelo de que trata el artículo 107 literal c), que constituye motivo para que la Junta Calificadora retire de la Escuela a un alumno.

Resta observar que el hecho de que la calificación de la Junta hubiese sido la de "conducta no satisfactoria consiste en indisciplina de vuelo" no significa "mala conducta", pues un bajo rendimiento académico y una insuficiencia o deficiencia militar también son conductas que no satisfacen los objetivos ni llenan las aspiraciones que se buscan en la formación de un piloto de la Fuerza Aérea Colombiana y no por ello tales hechos son constitutivos de mala conducta.

Las consideraciones precedentes justifican la revocatoria del fallo recurrido, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia, dado que los actos acusados están ajustados a derecho.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de 9 de Septiembre de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y, en su lugar, se dispone: DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente el Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DIRECCION GENERAL DE PRISIONES - Fusión / FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA - Fusión / INPEC / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / SUPRESION DE EMPLEOS/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / BONIFICACION / FACTOR SALARIAL

La facultad de fusionar de que trata el artículo transitorio 20 implica necesariamente la creación de una nueva entidad, por cuanto al no considerarse así se estaría en presencia de una reestructuración o de una supresión, pero jamás de una fusión. Si el ejercicio de las facultades del artículo transitorio 20 lleva aparejada la supresión de cargos o empleos, sin perjuicio de las indemnizaciones y bonificaciones que se reconozcan como una forma de resarcir el daño que se cause al titular de los mismos que en razón de la decisión adoptada resulten privados de éstos, el Gobierno Nacional bien podía en el Decreto enjuiciado determinar los factores salariales que sirven de base para la fijación de la cuantía o monto de tales indemnizaciones o bonificaciones. Lo que se pretendió con la fusión fue una eficaz rehabilitación de la población carcelaria ampliando la capacidad de gestión para el cumplimiento de las funciones, lo cual armoniza con los principios preconizados en el artículo 209 de la C. P.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. , veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2524. Acción: Nulidad. Actor: ALFREDO CASTILLO LEAL.

SECCION PRIMERA

El ciudadano GUSTAVO ALFREDO CASTILLO LEAL, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 2160 de 30 de Diciembre de 1992 "por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de justicia, con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Señala el actor como infringidos los artículos 4°, 6°, 48, 53, 93, 114, 115, 125, 150 numerales 7°, 9°, 19 literales e) y f) y 23, 154, 188, 209, 336 y transitorio 20 de la Constitución Política.

Hace consistir el concepto de la violación en los siguientes cargos que pueden resumirse así:

1o): Los artículos 1°, 2°, 12 a 28 y 39 Decreto 2160 de 1992 vulneran las anteriores disposiciones por cuanto si bien es cierto dentro de las facultades del artículo transitorio 20 se establece la de FUSIONAR, no por ello el Gobierno queda facultado para CREAR un nuevo ente.

El artículo 188 de la Constitución Política establece la obligación del Presidente de cumplir, la Constitución y las Leyes y el artículo 6° de la misma le atribuye a los servidores públicos responsabilidad por infringir éstas y además por extralimitación de funciones.

2o) Al otorgar el acto acusado personaría jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa al nuevo ente no tuvo en cuenta el presupuesto y las apropiaciones que por éste concepto se debían hacer, con lo cual no solo se desconoce el precepto constitucional contenido en el artículo transitorio 20 de poner en consonancia con la nueva Constitución, al no prever las consecuencias que conllevaría realizar lo estipulado en el Decreto, sino que está entorpeciendo su desarrollo, además de los problemas de orden público, social y económico que trae consigo la aplicación de dicho Decreto.

3o) : La Constitución eleva a la categoría de obligación y derecho social al trabajo.

Es cierto que el artículo transitorio 20 le otorga al Gobierno Nacional facultades del Congreso como se puede colegir de la interpretación del artículo 150 numerales 8° a 10°, 14, 16 y 19 de la Carta Política como ente subordinado

que es del Congreso no puede abstraerse y extralimitarse en los parámetros que le son aplicables a éste.

El Presidente incurre en flagrante violación de las normas que favorecen al trabajador, así para ello establezca la indemnizacion y bonificaciones, más si se tiene en cuenta que al no haberse observado el presupuesto para realizar cambios estructurales, puede evidenciarse el caos, el pánico económico y la desestabilización social.

4o): En concordancia con el cargo anterior es de entenderse que por estar ejerciendo funciones propias del Congreso le es aplicable lo que el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) estipula sobre régimen salarial y prestacional, lo cual fue desconocido de plano por el Presidente al expedir el Decreto 2160, y antes de garantizar lo normado en el artículo 48 de la Constitución, va a empeorar un problema latente como lo es el abandono y descuido que la clase dirigente ha tenido con el gremio de los pensionados.

5o): El Decreto acusado desconoce los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta pues no es más que el producto de la improvisación y el manejo de intereses personales sin proyección futurista.

6o): El tiempo que estipulaba el artículo transitorio 20 era el perentorio de 18 meses contado a partir de la promulgación de la Carta para expedir y a su vez poner en práctica lo expedido. Pero el Gobierno se esperó hasta el último momento para promulgar el Decreto objeto de esta demanda, el cual pasa de la noche a la mañana, producto de un plumazo presidencial, a ser de obligatorio cumplimiento.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 15 de julio de 1993 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional.

Del auto admisorio se notificó la demandada.

El Ministerio de Justicia y del Derecho constituyó apoderado quien contestó la demanda extemporáneamente.

En la etapa de alegaciones el demandante no hizo uso del derecho a alegar de conclusión. No así el Ministerio de Justicia y del Derecho quien a través de su titular, en síntesis, expresó:

SECCION PRIMERA

1-. La demanda es inepta ya que no reúne los requisitos que exige el articulo 137 del C.C.A. En efecto se demanda la totalidad del Decreto afirmando en forma general que viola una serie de disposiciones constitucionales sin que se estudie norma por norma de carácter superior con relación concreta a ninguno de los del Decreto acusado.

En párrafos posteriormente hace referencia a cuatro artículos concretos pero no especifica ni detalla en qué consiste cada cargo respecto a las normas superiores.

Hay carencia total de un ordenamiento en la demanda en cuanto a las consideraciones de orden jurídico porque los argumentos relacionados con un aspecto se mezclan con los demás sin que pueda deducirse una lógica estructurada de la demanda, una secuencia racional y por consiguiente una conclusión legítima sobre las pretendidas violaciones.

2-. En cuanto a los cargos se responde lo siguiente:

a): El Gobierno Nacional organizó el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, incluyéndole la Dirección General de Prisiones, haciendo una verdadera fusión, para lo cual tenía facultades, y reestructurando en esta forma dos entidades de la Rama Ejecutiva.

b): En materia presupuestal el artículo 39 demandado no vulnera ni la Constitución ni la ley de presupuesto toda vez que las operaciones y traslados presupuestales que se requieren para la cumplida ejecución del Decreto han sido previstas de antemano en el presupuesto de 1994, habida cuenta que el INPEC no se ha puesto en funcionamiento.

Además el artículo 352 de la Constitución Política se infiere que no obstante los principios de equilibrio presupuestal y de programación integral que rige la materia en el ordenamiento colombiano, están autorizadas modificaciones las cuales deben someterse a lo establecido en la ley orgánica del presupuesto.

c): El Estado tiene la obligación primaria de organizarse y reorganizarse en la mejor forma posible para el cumplimiento de las tres funciones y para la prestación de los servicios públicos, y eso es precisamente lo que ha hecho el Gobierno Nacional al proferir el acto acusado pues por encima de los intereses particulares está el interés general.

No puede pasarse por alto que, el Gobierno ha diseñado las políticas y los mecanismos necesarios para contrarrestar las consecuencias de índole laboral que conlleva la fusión, supresión o reestructuración, como es el caso de las

indemnizaciones correspondientes. No cabe la menor duda que la supresión de empleos en el Ministerio de Justicia como ente de la administración central le corresponde al Presidente de la República, por lo cual no puede ser impugnable la legalidad de los artículos 12 y siguientes del Decreto acusado.

d) : En cuanto a la viola artículo 209, no es cierta la afirmación del demandante por cuanto el Decreto en estudio sí se sometió, de una parte, a los mandatos de la Constitución invocados en el artículo transitorio 20, y, de otra parte, a lo contenido en el artículo 209 citado, lo cual se deduce del objeto previsto en el Decreto y porque con la existencia del establecimiento público se logra garantizar la independencia con que fue revestida la Rama Judicial con la expedición de la Constitución de 1991 (artículo 228), como una administración de justicia oportuna, justa y eficaz (artículo 229).

Además, con la fusión se permite evitar la dicotomía que anteriormente existía por razón de la disparidad de criterios entre dos entidades cuyas funciones están vinculadas íntimamente.

III-. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación considera, en primer término, que si bien es cierto se advierten imprecisiones en la demanda, no todos los cargos adolecen de tales fallas por lo cual es prudente desechar la excepción propuesta.

En segundo término y frente al fondo del asunto estima que deben desestimarse las peticiones de la demanda por las siguientes razones:

- La facultad conferida en el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional es de naturaleza legislativa por lo cual éste estaba facultado para fusionar o reestructurar las entidades allí indicadas, de manera que no se ve la transgresión a que alude el demandante por la circunstancia del cambio de denominación del nuevo ente y su reestructuración como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia.

- No obstante lo abstruso o ininteligible del cargo tercero cabe anotar que el Gobierno si podía señalar que las operaciones y traslados presupuestales se efectuarían en la medida de los requerimientos del organismo fusionado. Además, de la lectura del artículo 39 no se puede deducir que se dejen a la suerte las operaciones y traslados presupuestases y en cuanto a las indemnizaciones o bonificaciones estas no implican modificación del régimen laboral general.

SECCION PRIMERA

IV-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe la Sala pronunciase en primer término sobre la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda que propone el Ministro de Justicia y del Derecho.

Sobre el particular se advierte que no es la etapa de alegaciones, sino la de fijación en lista, la oportunidad procesal correspondiente para proponer excepciones. Así lo dispone expresamente el artículo 207 numeral 5° del C.C.A.

De otra parte, basta con que en el libelo demandatorio se exprese el concepto de violación frente a una o una de las disposiciones que en forma genérica se endilgan como infringidas, por parte de una de las normas del acto acusado para que no pueda haber pronunciamiento inhibitorio. Si bien es cierto el actor demanda la totalidad del Decreto 2160 de 1992 y cita como violadas una serie de disposiciones constitucionales respecto de las cuales no hace ningún análisis de tal violación, no es menos cierto que señala normas concretas y aduce infracciones también concretas de algunas disposiciones de la Carta, por lo cual y sólo respecto de ellas debe recaer un pronunciamiento de fondo, como en efecto lo habrá en este proceso.

En lo que atañe a los cargos de la demanda la Sala precisa lo siguiente:

1o): El artículo 1°. del Decreto 2160 de 1992 dispone la fusión de las entidades del Ministerio de Justicia: Dirección General de Prisiones y Fondo Rotatorio, las cuales en adelante se denominarán Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; el artículo 2° *ibídem* prevé que la entidad resultante de la fusión sea un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con patrimonio independiente y autonomía administrativa; los artículos 12 a 28 del mismo Decreto, en el capítulo referente a "DISPOSICIONES LABORALES TRANSITORIAS", regulan todo lo relativo a la terminación del vínculo laboral, supresión de empleos, traslado de empleados públicos, adecuación de la planta de personal y pago de indemnizaciones o bonificaciones a las personas que como consecuencia de la fusión deban ser desvinculadas del cargo que desempeñaban en las entidades objeto de aquélla.

Según el actor tales disposiciones vulneran el artículo transitorio 20 porque éste establece la facultad de fusionar más no la de crear un nuevo ente, por lo cual también se infringen los artículos 188 y 6° de la Carta.

Estima la Sala que no le asiste razón al actor y en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar. En efecto, fusionar significa unir, mezclar, fundir en uno solo. De tal suerte que de unirse o fundirse en una sola las entidades objeto de la fusión, necesariamente el producto no puede ser otro que el de conformarse un nuevo ente diferente de cada uno de los que hasta antes de la decisión eran independientes.

Lo anterior quiere decir que la facultad de fusionar de que trata el artículo transitorio 20 implica necesariamente la creación de una nueva entidad, por cuanto al no considerarse así se estaría en presencia de una reestructuración o de una supresión pero jamás de una fusión.

2o): En lo atinente al segundo cargo considera la Sala que tampoco está llamado a prosperar, toda vez que el artículo 11 del Decreto 2160 de 1992 prevé en su ordinal 2° que el patrimonio del INPEC se conformará, entre otros, con las partidas destinadas dentro del presupuesto nacional para el funcionamiento de la Dirección General de Prisiones y la inversión en establecimientos carcelarios. En armonía con esta disposición, el artículo 39 ibidem estatuye que "El Gobierno Nacional efectuará las operaciones y traslados presupuestales que se requieran para la cumplida ejecución del presente Decreto".

De tal manera que carece de fundamento la afirmación del actor de que el decreto en mención no tuvo en cuenta el presupuesto y las apropiaciones que con motivo de la creación del nuevo ente se debían hacer.

3o): En el estudio de los cargos 3° y 4° la Sala resalta lo siguiente:

La materia contenida en el acto acusado no guarda relación con la que contempla en el artículo, 150 numerales 8° a 10°, 14 y 16 de la Carta Política, por lo cual no puede haber confrontación alguna al respecto.

En lo que tiene que ver con la violación que se aduce al Decreto sub examine de infringir las normas que favorecen al trabajador, como lo ha reiterado esta Corporación en recientes pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 11 de Noviembre de 1993, expediente 2400, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, cuando de la aplicación del artículo transitorio 20 se trata no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en virtud de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa ya que el principio imperante en un Estado de Derecho

es el de la prevalencia del interés general sobre el particular y fue precisamente en desarrollo de éste que el Constituyente buscó la adecuación de la estructura interna y, de las plantas de personal de las respectivas entidades a las necesidades del servicio para obtener el fin último :ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

De tal manera que si, como ya se ha precisado, el ejercicio de las facultades del artículo transitorio 20 lleva aparejada la supresión de cargos o empleos, sin perjuicio de las indemnizaciones y bonificaciones que se reconozcan como una forma de resarcir el daño que se cause al titular de los mismos que en razón de la decisión adoptada resulten privados de éstos, el Gobierno Nacional bien podía en el Decreto enjuiciado determinar los factores salariales que sirven de base para fijación de la cuantía o monto de tales indemnizaciones o bonificaciones.

4o): En lo que respecta al quinto cargo, esto es, a que el Decreto acusado es el producto de la improvización y desconoce el artículo 209 de la Carta, para la Sala debe ser desestimado toda vez que del contenido de los objetivos y funciones que se consagran en el Decreto en mención para que sean desarrollados por el ente creado como resultado de la fusión, no se infiere el desconocimiento de los principios que informan la función administrativa, y si por el contrario del texto del Acta No. 2 de 22 de Octubre de 1992 (folios 2 a 3 cuaderno de anexos), se deduce que lo que se pretendió con la fusión fue una eficaz rehabilitación de la población carcelaria ampliando la capacidad de gestión para el cumplimiento de las funciones, lo cual armoniza con los principios preconizados en el aludido artículo 209.

5o): Finalmente, y en lo tocante al sexto cargo, por estar desprovisto de fundamento seriedad deberá desecharse, ya que el Decreto 2160 de 30 de Diciembre de 1992 fue expedido dentro del término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, sin que tenga relevancia alguna el hecho de que se haya dictado en las postrimerías del vencimiento de dicho plazo.

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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

Nota de Relatoría: reitera, además, lo dicho sobre sentencia de 11 de noviembre de 1993, Exp 2400, Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

EJERCICIO DE PROFESIONALES / BIBLIOTECOLOGO

Es la Ley y no la norma acusada la que está exigiendo, al reglamentar la profesión de bibliotecólogo, título de idoneidad para el ejercicio de dicha profesión, y, de otra parte, la disposición sub examine no hace más que ratificar el espíritu de aquella, que es imperativo y no potestativo al requerir que solamente quienes posean la calidad de tal puedan desempeñar los cargos referidos en el artículo 3° reglamentado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2559. Acción: Nulidad Actora: MARIA EUGENIA MANTILLA GUTIERREZ.

La ciudadana **MARIA EUGENIA MANTILLA GUTIERREZ,** 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 2° del Decreto 865 de 5 de mayo de 1988 "por el cual se reglamenta la ley 11 de 1979 sobre el ejercicio de la Profesión de Bibliotecólogo", expedido por el Gobierno Nacional.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Señala la actora como quebrantados con el acto acusado los artículos 3° de la Ley 11 de 1979 y 26 de la Constitución Política.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1-. El artículo 2° del Decreto 865 de 1988 es violatorio del artículo 3° de la Ley 11 de 1.979 porque excede los términos de la ley que está reglamentando, ya que ésta establece que a partir de un año contado después de su vigencia **podrán l**os bibliotecólogos desempeñar los cargos que allí se mencionan mientras que la norma acusada es imperativa y excluyente al decir que dichos cargos podrán ser desempeñados **solamente** por quienes posean la calidad de bibliotecólogos.

2-. El Gobierno Nacional el exigir títulos, e idoneidad esta violando el articulo 26 está violando el artículo 26 de la Constitución Política ya que este prevé que la Ley pueda exigir tales títulos, y, en este caso, el legislador al reglamentar el ejercicio de la profesión de bibliotecólogo se abstuvo de hacer imperativa la obtención del título para efectos de desempeñar los cargos a que se refiere el artículo 3°.

II-.ACTUACION:

Mediante proveído de 12 de agosto de 1993 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional.

Del auto admisorio se notificó la Nación - Ministerio de Educación Nacional- quien durante la etapa de fijación en lista guardó silencio.

En la etapa de alegaciones la demandante ratificó los planteamientos expuestos en la demanda.

La demandada se hizo parte en el proceso para oponerse a la prosperidad de las pretensiones aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

1-. La expresión "solamente del articulado demandado se relaciona con la calidad bibliotecólogo, en tanto que la expresión "podrán" se refiere a los cargos que pueden desempeñar quienes tengan tal calidad. Luego, uniendo los vocablos se diría; "solamente quienes tengan la calidad de bibliotecólogos podrán desempeñar ciertos cargos".

2-. Si se cambia el término "solamente" por uno flexible cualquier persona podría desempeñar el cargo y sobraría la profesión de bibliotecólogo.

3-. El artículo demandado y el reglamentado guardan armonía y buscan los mismos objetivos en aras de obtener el cumplimiento de los requisitos.

SECCION PRIMERA

III-.CONCEPTO FISCAL:

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación considera que deben desestimarse las pretensiones de la demanda, por cuanto examinada la Ley 11 de 1979 se concluye que es dicha ley la que reconoce la profesión de bibliotecólogo y fija las condiciones para ostentar la calidad de tal, y la inteligencia del artículo 3o. no puede ser otra que el requerimiento de esa calidad para desempeñar los cargos allí indicados, de manera que el reglamento se ajusta a los lineamentos de la Ley.

IV- DECISION:

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Dispone la norma acusada:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4°. de la ley 11 de 1979, solamente quienes posean la calidad de bibliotecólogo, al tenor de lo dispuesto en la citada ley, podrán desempeñar los cargos a que se refiere este mismo artículo"

Observa la Sala que aun cuando la norma transcrita hace referencia al artículo 4° de la Ley 11 de 1979, la cita correcta es el artículo 3°. *ibídem*, dado que es esta disposición la que señala los cargos que pueden desempeñarse por quienes tengan la calidad de bibliotecólogos.

Preceptúa el artículo 3°. de la Ley 11 de 1979:

"A partir de un año contado después de la vigencia de la presente ley, podrán desempeñar los cargos de Directores, Jefes o cualquiera otra denominación que se dé a éstos, en el Sistema Nacional de Información, en bibliotecas, centros de documentación y en programas de desarrollo bibliotecario, de las siguientes entidades:

1. Dependencias, entidades, establecimientos de carácter oficial, empresas industriales y comerciales del Estado; sociedades de economía mixta de orden nacional e institutos descentralizados.

2. Instituciones de educación superior, oficiales y/o privadas.

3. Entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, cuyo fondo bibliográfico exceda de 3.000 volúmenes y además sus bibliotecas presenten servicio de consulta para el público, sus afiliados o sus trabajadores.

4. Instituciones privadas u oficiales, de educación primaria o secundaria, cuyas bibliotecas tengan más de 5000 volúmenes".

La Ley 11 de 1979 regula el ejercicio de la profesión de bibliotecólogo. En efecto, en su artículo 2°. prevé los estudios que deben haber cursado las personas para que para los efectos de aquélla puedan considerarse bibliotecólogos; en el artículo 3°., como quedó visto en la norma transcrita, se hace una mención de las diferentes denominaciones que se le puedan dar a los bibliotecólogos y una relación de las entidades a las cuales pueden vincularse como tales en dicha calidad; y en el artículo 4° se exige el registro del título y la matrícula para acreditar esa calidad.

Del contenido de la materia que se ha reseñado se infiere, sin lugar a dudas, que la Ley propende porque en las entidades señaladas en el mencionado artículo 3°., la actividad relacionada con biblioteca sólo pueda ser desempeñada por personas que hayan cursado los estudios indicados en el artículo 2°. y acrediten la existencia del título conferido en virtud de la culminación de tales estudios.

Luego, de una parte, es la Ley y no la norma acusada la que está exigiendo, al reglamentar la profesión de bibliotecólogo, título de idoneidad para el ejercicio de dicha profesión, y, de otra parte, la disposición sub examine no hace más aun ratificar el espíritu de aquella, que es imperativo y no potestativo al requerir que solamente quienes posean la calidad de tal puedan desempeñar los cargos referidos en el artículo 3°. reglamentado.

Las anteriores consideraciones conducen a la Sala a denegar las pretensiones de la demanda como en efecto lo hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

F A L L A:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

RECONOCESE al abogado PEDRO FRANCISCO RAMIREZ INFANTE como apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- conforme a los términos del poder visible a folio 40.

DEVUELVASE a la actora la suma en dinero depositada para gastos ordinarios del proceso por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO - Validez

La densidad o brevedad de una decisión administrativa no son elementos de los cuales se pueda ameritar la validez o invalidez de un acto administrativo, ni de ninguna providencia o decisión judicial. Lo que importa es que ésta sea congruente con sus consideraciones; que, simplemente, se ajuste a derecho, sin que ésto signifique necesariamente que deba tener una determinada extensión. En el presente caso si bien las consideraciones de la Resolución 750 de 10 de febrero de 1989, acusada, son, como dice la apelante, "lacónicas", también lo es que ellas contienen referencias legales en las que se apoya la decisión, la cual recurrida en reposición, dió elementos de convicción con la cual hizo más explícitas las razones que la llevaron a tomar la determinación de cancelar la licencia de funcionamiento a la sociedad de vigilancia privada SEGURIDAD GUERRA LTDA.

VIGILANCIA PRIVADA / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - Facultades / MEDIOS DE POLICIA / ORDEN PUBLICO INTERNO / INTERES PUBLICO

El Ministerio de Defensa Nacional cuenta con un poder discrecional para aprobar o rechazar una solicitud de constitución de una sociedad de vigilancia privada, según estime conveniente o no permitir el ejercicio de la actividad de la futura sociedad, estando de por medio con ello la garantía de la seguridad pública, según lo previsto en el artículo 2º. del Decreto Legislativo número 0334 de 1988. De lo anterior se infiere que para éste último evento, es decir, para revocar o cancelar la licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia privada también existe la discrecionalidad de la Administración para tomar dicha medida si lo juzga oportuno

y conveniente, estando en presencia de circunstancias tácticas determinadas, en orden a preservar o mantener la seguridad pública. La vigilancia privada la igual que el servicio de policía están consagrados en el Decreto Ley 1355 de 1970 como medios de policía y que ésta tiene como fin, fundamentalmente, la conservación del orden público interno, según lo establece el artículo 2º. *ibídem*, de lo cual se infiere que en estos eventos debe mirarse siempre la prevalencia del interés público sobre el privado, en orden a hacer una justa aplicación de las normas pertinentes.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2563. Recurso de apelación contra la sentencia de 6 de mayo de 1 993, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: SEGURIDAD GUERRA LTDA.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 6 de mayo de 1993, proferidas por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1 -. La sociedad SEGURIDAD GUERRA LTDA., a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. promovió demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a): Que son nulas las Resoluciones nos. 750 de 10 de febrero de 1989 y 1957 de 3 de abril de 1989, mediante las cuales el Ministerio de Defensa Nacional canceló la licencia de funcionamiento a la empresa de vigilancia privada SEGURIDAD GUERRA LTDA., domiciliada en la ciudad de Medellín; b) Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Nación-Ministerio de Defensa a pagar a Tomás Bernal y a Luis Felipe Cano Jaramillo:

1º): Daños morales por el equivalente en pesos, de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de mil gramos oro para cada uno. 2º) Perjuicios patrimoniales en proporción a sus aportes de 1.000 cuotas de cada uno: a) Daño Emergente: $16.731.831,oo abril de 1989, que costó liquidar al personal que sirvió a la

empresa,". por su valor actualizado en la fecha de ejecutoria de la sentencia; $15.000.000,oo, de abril de 1989, en que se estima el daño derivado de la pérdida del *Good-Will*, por su valor actualizado en la fecha de ejecutoria de la sentencia; lo que cueste la liquidación de la sociedad SEGURIDAD GUERRA LTDA., en la cuantía que se pruebe en el curso del proceso, reajustado su valor en la fecha de ejecutoria de la sentencia, y lo que cueste el pleito, incluyendo honorarios de abogado; y b) Lucro Cesante: por el valor de los intereses compensatorios de las sumas cuya indemnización se pretende, debidamente actualizado su valor en la fecha de ejecutoria de la sentencia, y $1.751.983,oo desde mayo de 1989, aumentados en un 24.45% anual, en que iba a crecer la empresa, y hasta el 10 de abril del año 2011, capitalizado su valor en aquella fecha y pagadero junto con sus intereses en pesos de valor constante de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

I.2.- Hechos

Son, en síntesis, los siguientes:

1°): El artículo 149 del Decreto Ley 2137 de 1983 autorizó la constitución de empresas particulares con el objeto de prestar servicios remunerados de vigilancia privada, previa autorización o licencia otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional y bajo la supervigilancia de la Policía Nacional, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno.

2°): Dicho artículo fué reglamentado por el Decreto 2810 de 1984, que señala los requisitos para obtener la aludida licencia.

3°): Posteriormente se expidió el Decreto Legislativo No. 0334 de 24 de febrero de 1988 sobre "medidas conducentes al restablecimiento del orden público", en el cual se dispuso que además de las normas señaladas en el Decreto 2810, regirán mientras subsista el estado de sitio normas tales como: nuevos requisitos para constituir una sociedad de vigilancia privada, y en el artículo 2°. consagra la discrecionalidad del Ministerio de Defensa para aprobar o rechazar la solicitud correspondiente; el artículo 4°. dispone que dicho Ministerio podrá revocar respectiva licencia cuando tenga conocimiento que la empresa autorizada ha incurrido en alguna de las causales allí señaladas.

4°): Con fundamento en disposiciones de los citados Decretos, se dictaron los actos acusados.

5°): La sociedad SEGURIDAD GUERRA LTDA., se constituyó legalmente en abril de 1971, con el objeto de prestar servicio de investigación técnica al comercio, a la banca y a la industria de los servicios de vigilancia

diurna y nocturna y la ejecución de cualquier otro acto lícito que rozara con dicho servicio y con un término de duración, hasta el 10 de abril del año 2011.

6°): Por Resolución 0891 de 7 de septiembre de 1971, registrada en la Cámara de Comercio de Medellín, el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- le concedió licencia de funcionamiento a la sociedad y a partir de la vigencia del Decreto 2547 de 1971 el Ministerio de Defensa renovó año tras año dicha licencia, siendo la última vez, hasta el 31 de diciembre de 1988, por Resolución No. 449 de 28 de junio de 1988.

7°): El 2 de noviembre de 1988, Luis Felipe Cano Jaramillo, representante legal de la Empresa, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la renovación de la licencia de funcionamiento con el lleno de los requisitos exigidos para ello.

8°): En las inspecciones llevadas a cabo en la Empresa (21 de diciembre de 1988, 15 y 22 de febrero de 1989 y 10 de abril del mismo año), las observaciones y conceptos fueron favorables a la renovación de la licencia.

9°): La carencia de antecedentes de narcotráfico tanto de la sociedad como de los socios y el lleno de los demás requisitos legales la hacían merecedora de la renovación de la licencia de funcionamiento.

10°): Al tiempo que la Cuarta Brigada inspeccionaba la Compañía y rendía elogiosos conceptos caprichosamente su Comandante informaba al Ministerio de Defensa que la sociedad "prestaba servicios a personas que se encontraban al margen de la ley", sin precisar nombres ni señalar identidades, violaba o incumplía las disposiciones legales sobre funcionamiento de las empresas de vigilancia privada, y, en fin, no estaba colaborando en forma efectiva con la seguridad pública, lo cual concluyó con la cancelación de la licencia de funcionamiento de la Empresa de vigilancia SEGURIDAD GUERRA LTDA. por medio de la Resolución No. 750 de 1989, la cual fue confirmada por la Resolución 1957 del mismo año pese a las explicaciones que la señora Luz Estella de Bedout, socia entonces de la Empresa, le dió verbalmente al Comandante de la Brigada con quien tuvo oportunidad de entrevistarse gracias a la intermediación de su pariente, el General Oscar Botero.

11°): Dicha cancelación llevó a los socios a disolver anticipadamente la Compañía ante la imposibilidad de cumplir con el objeto, con los consecuentes daños y perjuicios.

12°): Ni Seguridad Guerra Ltda, ni sus socios y, desde luego, su Gerente, figuran con antecedentes o anotaciones por tráfico de estupefacientes en los archivos de la Policía Nacional, el DAS, Ministerio de Defensa o de las Brigadas

Militares del país, como tampoco tuvieron conocimiento de que estuvieran prestando servicios a personas naturales o jurídicas con antecedentes o vinculadas al narcotráfico.

I.3-. Normas violadas y concepto de la violación.

La demandante cita como tales los artículos 28, 30, 35, 36, 73, 74,y 84 del Código Contencioso Administrativo y 16, 26, 30 y 39 de la Carta Política de 1988, y expresa el concepto de la violación a folios 25 a 38 del cuaderno principal.

Plantea también la actora falta de motivación de los actos demandados por no haberse concretado la violación de las normas legales que regulan la materia, ya que nunca los hechos que servirían de soporte tuvieron ocurrencia.

I.4-. Trámite de la acción.

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y alegaciones. No hubo concepto del Ministerio Público en primera instancia.

La primera instancia culminó con el proferimiento de la sentencia de 6 de mayo de 1993 que denegó las pretensiones de la demanda.

I.I-. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda, el *a quo* se basó en las consideraciones que se sintetizan así:

a. La pretensión de nulidad se fundamenta en la violación de los artículos 35, en concordancia con el 28 y el 74 del Código Contencioso Administrativo, así como el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto "no se dió oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones", "no se adujeron pruebas o informes disponibles" en los cuales se haya basado la decisión y "no se motivó la decisión al menos sumariamente".

b. En el evento de llegar a considerarse que los actos por medio de los cuales se canceló la licencia en cuestión tienen el carácter de discrecionales, entonces se incurrió en desviación de poder, por la violación del artículo 36 del C.C.A., pues sin hechos y sin causa, sin motivo se tomó la decisión.

c. Como carga subsidiaria plantea la demandante falta de motivación de los actos al no haberse concretado la violación o incumplimiento de las

disposiciones legales que regulan la materia, o la prestación del servicio a personas al margen de la ley, o no contribuir en forma efectiva a la seguridad pública, ya que nunca los hechos que servirían de soporte tuvieron ocurrencia.

Estimó pertinente el Tribunal, antes de estudiar concretamente los cargos precisar los alcances de la autorización para prestar servicios de vigilancia privada, para cuyo efecto transcribió apartes doctrinarios en los cuales se aprecia, dice, que en dicha vigilancia va incorporada, en su esencia la función de policía.

Citó igualmente disposiciones del Código Nacional de Policía donde están los servicios de policía y vigilancia privada como medios de policía, a través de los cuales se alcanza el mantenimiento del orden público que es fundamentalmente el fin de la policía, y concluyendo que el Consejo de Estado ha recabado sobre la vinculación de la actividad desarrollada por las entidades de vigilancia privada al servicio público y por ende a la supremacía del interés público sobre el privado.

Bajo los referidos conceptos, despachó el cargo relacionado con la falta de motivación y desviación de poder por inadecuado ejercicio de una facultad discrecional.

Sostiene el *a quo* que si bien para el ejercicio de la actividad administrativa asignada al Ministerio de Defensa en cuanto debe dictar los actos de autorización, modificación, renovación cancelación de licencias para empresas que opten por la vigilancia privada como objeto social, existen unos reglamentos que hacen deducir el carácter reglado de esa concreta actividad, es claro que la evaluación de algunos factores que inciden en ella, comporta un elemento de discrecionalidad indiscutible por la materia de que se trata.

En la medida en que los artículos 29 del Decreto Reglamentario 2810 de 1984 y 40 del Decreto Legislativo 334 de 1988, se establecieron las causases para que el Ministerio de Defensa Nacional disponga la cancelación de una licencia como la involucrada en este proceso, ello comporta el ejercicio por parte de ese organismo de la actividad de policía en el área específica de la vigilancia privada. Tales causales se complementan, habiéndose añadido a las primeras las derivadas de la prestación del servicio a personas vinculadas directa o indirectamente con el tráfico de estupefacientes o el terrorismo, o no contribuir efectivamente con la seguridad pública, o cuando sus socios tengan vínculos con las actividades ilícitas mencionadas.

Entiende el Tribunal que para el efecto perseguido con las normas precitadas, los términos cancelar y revocar son sinónimos.

Es de observar que si para el efecto de aplicar la facultad antes mencionada, existe un fundamento que bien puede ser como aparece probado el informe del Comandante de la Brigada (fl. 547), no puede hablarse de indebido ejercicio de la potestad, ni de falsa motivación, pues el motivo está constituido por el conjunto de hechos que conducen a emitir el concepto referido por quien tiene a su cargo la seguridad y defensa en el área territorial bajo su jurisdicción.

Concurrieron en la calificación negativa para renovación de licencia que ciertamente se hallaba en curso, la causal configurada por prestación del servicio a usuarios presuntamente vinculados con la actividad ilícita del tráfico de estupefacientes, con la causal originada en la existencia de vínculos de uno de los socios con personas ligadas a tal actividad ilícita, factores que al encuadrarse en las causases aludidas hacen indiscutible su valoración discrecional, atendida la naturaleza de la función y actividad bajo examen.

Con el mismo fundamento puede afirmarse que no pudo haber violación de los artículos 73 y 74 del C. C.A., por cuanto la norma especial contenida en los Decretos atrás mencionados no prevé el consentimiento expreso del usufructuario de la licencia. Y no podría serlo por cuanto dada la naturaleza misma de la función y actividad de policía desarrollada, esas licencias hacen que prime no el interés particular sino el público, de modo que resultaría un contrasentido solicitar la previa aceptación del empresario.

En relación con el cargo sobre violación del derecho de defensa tampoco, dice el Tribunal, le asiste razón a la actora toda vez que en esta clase de actuación no sería aplicable la parte inicial del inciso primero del artículo 35 del C.C.A., puesto que para la adopción de la decisión originada en motivos que ponen en peligro la preservación del orden público, existe un procedimiento especial que es el previsto en los Decretos que regulan la actividad, en cuestión que excluiría su aplicación tal como lo prevé el artículo 1°. *ibídem,* en su inciso 2°.

Además, en la vía gubernativa la actora impugnó mediante recurso de reposición la decisión, es decir, que tuvo oportunidad de controvertirle por lo cual no puede resultar lesionado el derecho al debido proceso.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

Como motivos de disentimiento con la sentencia, la parte demandada expone, en esencia, los siguientes:

1. La Resolución No. 750 de 10 de febrero de 1989 es muy lacónica, sin ninguna motivación, sin hacer recuento de pruebas o controversias realizadas en una actuación administrativa.

2. Se violaron los artículos 28 y 35 del C.C.A., como se indicó en el libelo demandatorio, pues jamás se comunicó al representante legal de SEGURIDAD GUERRA sobre alguna actuación administrativa en contra de su empresa y menos aún se le dió oportunidad de expresar sus opiniones.

3. Discrepa de la sentencia cuando ésta afirma que la facultad para cancelar o revocar una licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia es discrecional y que, por lo tanto, la Administración no estaba sujeta à normas preestablecidas. Aquí se violó el artículo 4°. del Decreto 334 de 1988, el cual autoriza cancelar licencias únicamente en los eventos allí relacionados y como ninguno de tales presupuestos se configuró para el caso *sub lite* la sentencia violó también éste precepto.

4. También se violaron los artículos 73, 74 y 75 del C.C.A., porque éste Código no establece excepciones para exigir el consentimiento del respectivo titular en la revocación de actos individuales, luego una sentencia no puede decir, sin violar dichas normas, que en algunos casos no es necesario que la Administración exija "el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

En el presente caso no se produjo ésta aceptación por parte de la actora.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La primera de las objeciones que la apelante trae en su escrito consiste en que la Resolución acusada, la no. 750 de 10 de febrero de 1989, es muy lacónica, sin ninguna motivación, sin recuento de pruebas ni controversia alguna.

La densidad o brevedad de una decisión administrativa no son elementos de los cuales se pueda ameritar la validez o invalidez de un acto administrativo, ni de ninguna providencia o decisión judicial. Lo que importa es que ésta sea congruente con sus consideraciones; que simplemente, se ajuste a derecho, sin que ésto signifique necesariamente que deba tener una determinada extensión.

En el presente caso, si bien las consideraciones de la Resolución 750 de 10 de febrero de 1989, acusada, son, como dice la apelante, "lacónicas", también lo es que ellas contienen referencias legales en los que se apoya la decisión, la cual recurrida en reposición, dió elementos de convicción con lo cual hizo más explícitas las razones que la llevaron a tomar la determinación de cancelar la licencia de funcionamiento la sociedad de vigilancia privada SEGURIDAD GUERRA LTDA.

La objeción, entonces, no prospera.

El segundo reparo hace referencia a que sí se vulneró el derecho de defensa, contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, pues no se dió oportunidad al representante legal de la empresa SEGURIDAD GUERRA LTDA. de expresar sus opiniones, ya que no se adelantó actuación administrativa alguna.

Al respecto la Sala advierte: El Ministerio de Defensa Nacional cuenta con un poder discrecional para aprobar o rechazar una solicitud de constitución de una sociedad de vigilancia privada, según estime conveniente o no permitir el ejercicio de la actividad de la futura sociedad, estando de por medio con ello la garantía de la seguridad pública, según lo previsto en el artículo 2°. del Decreto Legislativo número 0334 de 1988.

En el artículo 4°. *ibídem,* se estatuye que en cualquier tiempo en que el Ministerio de Defensa Nacional tenga conocimiento de que alguna empresa de vigilancia privada a la que se haya expedido licencia de funcionamiento viole cualquiera de las disposiciones legales, o ejerza su objeto social en forma no autorizada, o preste servicio de vigilancia a delincuentes o a personas vinculadas directamente o indirectamente con el tráfico de estupefacientes o con el terrorismo, no contribuya efectivamente con la seguridad pública, o sus socios o representantes estén vinculados a cualquiera de las actividades atrás señaladas, podrá revocar la respectiva licencia.

De lo anterior se infiere que para éste último evento, es decir, para revocar o cancelar la licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia privada también existe la discrecionalidad de la Administración para tomar dicha medida sí lo juzga oportuno y conveniente, estando en presencia de circunstancias fácticas determinadas, en orden a preservar o mantener la seguridad pública.

Si bien existen éstas causales, como también están previstas otras de manera especifica y concreta en el artículo 29 del Decreto Reglamentario 2810 de 1984, cuya ocurrencia - basta la de una de ellas - determina la cancelación de la licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia privada, que hacen deducir el carácter reglado de esa concreta actividad, lo cierto es que resulta claro, según el tenor literal y filosofía que caracterizan las disposiciones preseñaladas (art. 2° y 4° del Decreto Legislativo 334 de 1988), que la evaluación de algunos factores que inciden en ella -como son los expuestos en las Resoluciones atacadas, referidos específicamente a las causales previstas en el artículo 4°. del Decreto 334, citado, comporta un elemento de discrecionalidad indiscutible por la materia de que se trata, como lo destacó acertadamente el *a-quo*.

Esto quiere decir que, como lo señaló igualmente el Tribunal, no le asiste razón a la actora, que ahora apela reiterando el argumento esgrimido en la

demanda, toda vez que en ésta específica actuación no sería aplicable la parte inicial del inciso 1°. del Artículo 35 de; C.C.A., puesto que para la adopción de la decisión originada en motivos que ponen en peligro la preservación del orden público, los Decretos que regulan la actividad en cuestión excluirían su aplicación tal como se aprecia en el texto del inciso 3°. (No. 2°., como quizás en un *lapsus calami* incurrió el *a quo*) del artículo l°. del mencionado Código.

Además de lo anterior, hay que resaltar que en la vía gubernativa la demandante tuvo ciertamente la oportunidad de controvertir la decisión cuando hizo uso del recurso de reposición, por lo cual resulta infructuoso insistir en que resultó conculcado el derecho de defensa.

En consecuencia, el reparo no prospera.

Un tercer motivo de disentimiento con el fallo de primer grado, radica en que éste desconoce que para cancelar la licencia de funcionamiento la Administración estaba sujeta a normas preestablecidas, por lo cual no podría hacerlo sobre la base de una facultad discrecional que no le otorgaba el artículo 4°. del Decreto 334 de 1988.

Sobre este aspecto, la actora apelante debe estarse al examen que se hizo del cargo precedente, donde se señaló el alcance del artículo precitado.

Sin embargo, en aras de la abundancia argumental, cabe agregar lo siguiente:

Consta en autos que en razón de la solicitud de "Seguridad Guerra Ltda" para que se renovara su licencia de funcionamiento para el año de 1989, se produjeron los siguientes documentos: el Oficio no. 2174-BR4-B2-701 de 21 de noviembre de 1988, dirigido al Comandante General de las Fuerzas Militares y suscrito por el Comandante de la Cuarta Brigada, en Medellín, donde se expresa que en relación con la conveniencia de operar en el Departamento de Antioquia y renovar la licencia de funcionamiento para el año de 1989 a la sociedad SEGURIDAD GUERRA LTDA., se pudo establecer que la empresa cuenta con algunos usuarios de los cuales se tiene información de pertenecer en forma directa o indirecta en presuntas actividades de narcotráfico, y al efecto cita: Edificio Alto de la Concha No.l, ubicado en la carrera 26 no. 10-40: Móviles Ltda., ubicado en la calle 23 no. 43 A 19; Investigaciones Técnicas, ubicado en la carrera 42 no. 1 S 74; Comestibles Dan Ltda., ubicado en la carrera 41 no. 46-81; Bodegas Jaime Toledo, ubicadas en la carrera 34 no. 44 A 25, y Altos de la Concha no. 2, ubicados en la carrera 26 no. 10-112.

Consigna igualmente el mencionado oficio que verificados los antecedentes y los demás aspectos relacionados con la conducta y moralidad de los interesados se encontró que la Subgerente de la Empresa es hija del señor Mario Bedout, Presidente del Hotel Nutibara del cual son socios los señores Hernán Botero y otros hermanos; que aparecen antecedentes que comprometen a los solicitantes con personas que en una u otra forma tiene, algún vínculo con el narcotráfico, y que a pesar de que la documentación es completa, no.se le puede dar concepto favorable para la renovación de la licencia (folio 547).

Este sólo caudal informativo le permitía al Ministerio de Defensa Nacional establecer su nítida relación con las causales reestablecidas en el artículo 4°. del Decreto 334 de 1988, pues constituían los elementos fácticos con los cuales podía apreciar discrecionalmente la oportunidad y conveniencia de la medida a tomar, teniendo en cuenta el fin de la norma que lo autoriza, que no es otro, como en el examen del cargo que antecede quedó puntualizado, que el de garantizar la preservación de la seguridad pública.

No puede perderse de vista que, como igualmente lo reseñó el *a quo* en la sentencia impugnada, la vigilancia privada al igual que el servicio de policía están consagrados en el Decreto Ley 1355 de 1970 como medios de policía y que ésta tiene como fin, fundamentalmente, la conservación del orden público interno, según lo establece el artículo 2°. *ibídem,* de lo cual se infiere que en estos eventos debe mirarse siempre la prevalencia del interés público sobre el privado, en orden a hacer una justa aplicación de las normas pertinentes.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Una última censura al fallo apelado consiste en que se revocó licencia de funcionamiento en comento sin el consentimiento expreso y escrito de su titular, infringiéndose los correspondientes artículos del C.C.A., citados en la demanda.

Sobre esta censura, la apelante deberá estar igualmente a lo ya expresado por la Sala al examinar el segundo cargo, especialmente cuando se hizo referencia a la inaplicación en eventos como *sub lite*, de la parte inicial del inciso l°. del artículo 3 del C.C.A. en consideración a lo previsto en los incisos 2°. y 3°.del artículo 1o. *ibídem*, que permite concluir que no se dá la transgresión señalada. Y no podría darse por cuanto dada la naturaleza misma de la función y actividad de policía desarrollada, esas licencias hacen que prime, como atrás se dijo, no el interés particular sino el público, de modo que resultaría un contrasentido solicitar la previa aceptación del empresario particular, como bien lo concibió el fallador de primer grado.

El cargo, pues, no prospera.

Por lo consignado anteriormente, deberá confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida el 6 de mayo de 1993 Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sin costas por no aparecer que se hubiesen causado.

En firme ésta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DECRETO DE LEGISLACIONES DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Naturaleza / ACTO ADMINISTRATIVO / CONTROL JURISDICCIONAL / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA RESIDUAL

Al atribuírle a esta Corporación la Carta Política la competencia residual en el artículo 237 numeral 2o., para Juzgar esos Decretos, tal juzgamiento supone necesariamente el trámite consagrado en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales contemplan la medida de suspensión provisional cuando se reúnen 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 Constitución Política.

DECRETO DE LEGISLACIONES DE FACULTADES CONSTITUCIONALES / HIMAT - Reestructuración

El señalamiento del plazo para que las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado adecúen 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 facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, pues tal adecuación es función de carácter administrativo que aquellos organismos tienen en forma permanece (artículo 26 literal b) del Decreto Ley 1050 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de 1978), para lo cual no requieren de autorización expresa ni de indicación de término alguno para su ejercicio.

SECCION PRIMERA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2568. Acción: Nulidad. Actor: ANGEL IGNACIO RAMIREZ Y OTROS.

Se decide el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el representante judicial del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-, contra el auto de 3 de septiembre del presente año, en cuanto en su punto II, decretó la suspensión provisional de los efectos de las siguientes expresiones:

"...Dentro del término para llevar a cabo el proceso reestructuración del Instituto ... " y "...Dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", contenidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 2135 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se restructura el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras HIMAT", 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, la siguiente:

"... Se endilga por los actores la manifiesta y ostensible violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por parte de los artículos y 15 del acto enjuiciado.

Preceptúan las citadas normas:

"Artículo 14. Supresión de Empleos. Dentro del término para llevar a cabo el proceso de reestructuración del Instituto, la Junta Directiva suprimirá los empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales cuando ellos no fueran necesarios en las respectivas plantas de personal como consecuencia de dicha decisión".

"Artículo 15. Programa de Supresión de Empleos. La supresión de empleos o cargos, en los términos previstos en el artículo anterior, suplirá de acuerdo con el programa que apruebe la Junta Directiva para ejercitar las decisiones

adoptadas, dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto".

Sobre el particular, cabe anotar:

Como lo ha expresado en diversos pronunciamientos, en virtud del artículo transitorio 20 la Asamblea Nacional le confirió facultades al Gobierno Nacional por el término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

La Sala ha considerado que la función de reestructurar lleva ínsita la de supresión de empleos y que el Gobierno Nacional tenía un plazo improrrogable de 18 meses que venció el 7 de enero de 1993, para ejercitarla. Igualmente ha estimado que terminado el plazo dichas facultades regresaban a sus titulares permanentes por mandato de la Constitución o de la Ley, esto es, al Congreso, al Presidente de la República y a otras autoridades administrativas.

Al confrontar la preceptiva del artículo transitorio 20 con los artículos transcritos y acusados, la Sala advierte sin mucho esfuerzo que deben suspenderse provisionalmente sus efectos por infringir en forma manifiesta a aquél, por cuanto exceden el plazo allí previsto, las siguientes expresiones contenidas así:

"... Dentro del término para llevar a cabo el proceso de reestructuración del Instituto ...", en el artículo 14.

"... Dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", en el artículo 15 ..."

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente, aduce, en esencia, los siguientes argumentos:

1o): Las disposiciones de los artículos 14 y 15 del Decreto 2135 de 1992, por ser elementos de un texto con naturaleza de Ley, no pueden ser suspendidos, toda vez que la Constitución Política en su artículo 238, reserva la posibilidad de

aplicar esa medida excepcional sólo a los actos administrativos, y es claro que el Decreto citado no pertenece a esta categoría jurídica.

La demanda omite considerar, y el auto recurrido incurre en ese yerro, que no puede haber violación de textos superiores (artículo 20 transitorio de la Constitución) por parte del texto de la ley acusada y cuya suspensión se dispuso, pues resulta que el Legislador extraordinariamente habilitado por el Constituyente no confirió a través de las disposiciones acusadas y suspendidas a la Junta Directiva del Himat una función de naturaleza legal, o sea, aquella privativa del legislador ordinario, pues, según la Constitución y la Ley, la facultad de adoptar las plantas de personal y de introducir en ellas supresión de cargos, es de naturaleza administrativa, y en los Establecimientos Públicos y en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado compete ejercerlas a la Junta Directiva.

2o): El artículo transitorio 20 dispuso que el Gobierno, Nacional reestructurará, entre otras entidades, los establecimientos públicos, dentro del término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, con el fin de ponerlos en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Qué de inconstitucional tiene, entonces, que el Gobierno hubiera dispuesto precisamente para cumplir el mandato recibido del artículo transitorio 20 de Constitución que la Junta Directiva procediera, en el marco de la reorganización prevista en el citado artículo, constitucional, a reformar los estatutos y a adoptar la estructura interna y la planta de personal?

Esas no son funciones legislativas según la Constitución, sino de naturaleza administrativa, 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 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 (artículo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968).

3o): 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 dichos organismos cumplieran funciones administrativas que les son propias, de adoptar estatutos, la estructura interna y la planta de personal, no tiene el efecto taumatúrgico de convertir esas funciones en unas de naturaleza legislativa, para así poder sentar sofísticamente la conclusión de que hubo prórroga de las funciones legislativas extraordinarias confiadas al Ejecutivo para modernizar la Administración del Estado.

La Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre este particular, en la sentencia que puso término al proceso promovido" contra el Decreto que reorganizó el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, y, con fundamento en la jurisprudencia allí sentada, debe disponerse la revocatoria del auto recurrido.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La censura planteada por el recurrente, respecto de que el Decreto 2135 de 1992 no pertenece a la categoría jurídica de los actos administrativos y, por lo tanto, no puede ser suspendido provisionalmente, no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Como lo ha sostenido 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 expide: el Gobierno Nacional, son ACTOS ADMINISTRATIVOS. Cosa diferente 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 2o., para juzgar esos Decretos, tal juzgamiento supone necesariamente el trámite consagrado en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales contemplan la medida de suspensión provisional cuando se reúnen 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 Constitución Política.

2.- En relación con el aspecto de fondo, cabe precisar lo siguiente:

En el auto impugnado se ordenó la suspensión provisional de los efectos de las expresiones " ... Dentro del término para llevar a cabo el proceso de reestructuración del Instituto ...." y ".... Dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", contenidas, en un orden, en los artículos 14 y 15 del Decreto 2135 de 1992, porque excedió el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20 para llevar a cabo la reestructuración.

Sobre el particular la Sala ratifica la posición que ha venido sosteniendo, a partir de la sentencia de 9 de septiembre del presente año, a la cual hace referencia el recurrente (Expediente No. 2309, Actor: Juan Manuel Arrieta Herrera y otro, Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez), en el sentido de que el señalamiento del plazo para que las Juntas o Consejos

Directivos de los Establecimientos Públicos las Empresas Industriales y Comerciales del Estado adecúen 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 facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, pues tal adecuación es función de carácter administrativo que aquellos organismos tienen en forma permanente (artículos 26 literal b) del Decreto Ley 1050 de 1968 y 74 del Decreto Ley 10 de 1978), para lo cual no requieren de autorización expresa ni de indicación de término alguno para su ejercicio.

La consideración enunciada constituye razón suficiente para que se revoque la medida de suspensión provisional recurrida, dado que los plazos a que se refieren los artículos 14 y 15 tienen que ver con la adecuación de la estructura interna y de la planta de personal del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-.

Debe, en consecuencia, revocadas el proveído recurrido.

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

RESUELVE:

1) Tiénese al doctor **CARLOS FERNEL QUINTERO QUINTERO**, como representante judicial del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras - HIMAT-, de conformidad con los documentos obrantes a folios 203 a 206.

2) **REVOCASE** el punto II del auto de 3 de septiembre de 1993, y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 14 y 15 del Decreto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el dia 25 de noviembre de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DECRETO DEL GOBERNADOR - Vigencia / PUBLICACION / COMUNICACION / ACTO GENERAL - Vigencia

Respecto de la promulgación y publicación de los actos administrativos de carácter general, como requisito para entrar a regir, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que ella sólo se impone en la medida en que afecten los derechos de los gobernados, pero no así cuando contengan medidas internas para la misma Administración, pues ellos pueden cumplirse sin necesidad de tal requisito, siempre que lleguen por otros medios al conocimiento de sus destinatarios. La Sala precisa los criterios expuestos en el sentido de que los mismos sólo conservan validez en la medida en que se trate de actos administrativos de carácter general cuyas disposiciones estén dirigidas a la misma Administración y frente a los cuales, independientemente de sus destinatarios, la ley exija publicarlos como requisito para entrar a regir, cual es el caso, precisamente, de los decretos de los gobernadores.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D. C. veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2575 Actor: CAMILO ALVARO GONZALEZ PACHECO.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra

la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en fecha de 16 de junio de 1993.

I.- **ANTECEDENTES:**

a.- **El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda**:

El ciudadano Camilo Alvaro González Pacheco, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima la declaratoria de nulidad de la Ordenanza No. 009 de 20 de agosto de 1992, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, y "por la cual se efectúan unos traslados en el Presupuesto de Gastos de 1992".

b.- **Los hechos de la demanda:**

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones consisten, básicamente, en que el acto acusado no formó parte de los Proyectos de Ordenanza para cuyo estudio el Gobernador del Tolima convocó a sesiones extraordinarias a la Asamblea Departamental mediante Decreto 1020 de 16 de julio de 1992 (fls. 9 a 10 Cdno. Ppal.).

c.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.**

El actor considera en su demanda que el acto acusado incurre en violación del artículo 305-12 de la Carta Política y del Decreto 1020 de 16 de julio de 1992, proferido por el Gobernador del Tolima, toda vez que se expidió por la Asamblea de dicho Departamento sin que la materia a la cual se refiere hubiese sido sometida a su consideración en el acto de convocatorias sesiones extraordinarias (fls. 10 a 11 *ibídem*).

d.- **Las razones de la defensa:**

En el recurso de apelación del auto admisorio de la demanda, en cuanto en él se decretó la medida de suspensión provisional del acto acusado, y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 31 a 36 Cdno. Ppal. y 62 a 66 Cdno. No. 2):

Con el fin de lograr la cancelación de los emolumentos y derechos salariales a que tenían derecho los Diputados, mediante Decreto 1153 de 5 de agosto de 1992 el Gobierno Departamental adicionó el artículo 1o. del Decreto 1020 del

mismo año, en el sentido de incluir como tema a tratarse en las sesiones extraordinarias de la Asamblea, el Proyecto de Ordenanza, "Por el cual se efectúan unos traslados en el Presupuesto de Gastos de 1992", actuando para ello en los términos de la ley.

El citado Decreto 1153 de 1992 se allegó a la Asamblea el 6 de agosto de 1992, se publicó el 21 de octubre del mismo año en el órgano de publicación oficial de la Gobernación del Tolima, y es un acto completo y legalmente expedido pues cumple con los requisitos de todo acto administrativo.

Con la expedición del Decreto 1153 de 1992 y con su comunicación "...a la Secretaría de la Asamblea Departamental (como consta en el oficio de 6 de agosto de 1992, suscrito por el Dr. Rómulo Salazar Quiñones, Gobernador encargado), y por diferentes medios de comunicación se ejecutó el querer de acto adicional o sea que la Honorable Asamblea procedió a conocer, debatir y aprobar el Proyecto de Ordenanza ..." demandado (paréntesis y mayúsculas del texto original).

El hecho de que el Decreto 1153 de 1992 sólo se haya publicado el 21 de octubre de 1992 no afecta la legalidad de la Ordenanza acusada "... porque de una parte ella nació como acto independiente y de otra el Honorable Consejo de Estado ha fijado criterios al respecto..." (Sección Primera, Auto, 001682 del 11 de octubre de 1991, Consejero Ponente: doctor Miguel González Rodríguez; y Sección Quinta, Sentencia de 27 de agosto de 1992, Consejero Ponente: doctor Amado Gutiérrez Velásquez).

Como quiera que "...no se está debatiendo la legalidad o inconstitucionalidad del Decreto 1153 de 1992, sino la Ordenanza 009 de 20 de agosto del mismo año, es preciso expresar que aquella está ajustada a la Constitución y a la ley, porque la Asamblea obró de conformidad al Decreto 1153 de 1992, además de emanar con autonomía propia, constituyéndose como acto independiente".

"Cuando la Constitución le otorga al Ejecutivo la facultad de convocar a un Cuerpo Colegiado como el Congreso, las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales, le arroga en forma inherente la potestad de tener el poder exorbitante ó el "*imperium*", para proponerle los temas a debatir y aprobar a la Corporación Administrativa. La Legislación Administrativa permite la figura de adicionar, modificar, subrogar y derogar actos administrativos, mediante facturación y confección de Actos de igual jerarquía, lo que evidentemente ocurrió en este caso, pues mediante el Decreto 1020 de 1992, se convocó a la Honorable Asamblea y se le expuso un temario definido y posteriormente de conformidad con las necesidades administrativas se vió la necesidad de expedir

el Decreto 1153 del presente año, para adicionar el temario incialmente propuesto. Quiero recavar en este punto por cuanto de todas formas persiste la iniciativa del Jefe de la Administración Departamental como bien lo consagra la Carta Fundamental".

e.- **La actuación surtida:**

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 14 de octubre de 1992 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 14 a 16 Cdno. Ppal.). Recurrida como fué esta última decisión, ella se confirmó mediante providencia de 11 de febrero de 1993 (fls. 4 a 8 Cdno. No. 3).

Mediante proveído de 9 de noviembre de 1992 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fl. 47 Cdno: Ppal.).

Por auto de 1o. de marzo de 1993 se corrió traslado a las partes para que alegasen de conclusión, y al Ministerio Público para la emisión de su concepto. De este derecho sólo hizo uso la parte demandada (fls. 60 y 62 a 66 Cdno. No.2).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad del acto acusado con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 68 a 72 Cdno. No. 2).

El hecho de que en el proceso no se cuestione la legalidad del Decreto 1153 de 1992 no significa que la Ordenanza acusada haya sido expedida conforme a derecho por la Asamblea Departamental, pues mediante el citado acto se le asignó la tarea de estudiar un tema no incluido en el Decreto de Convocatoria a sesiones extraordinarias.

No es la existencia del Decreto 1153 de 1992 lo que le imprime legalidad a la Ordenanza acusada, pues como lo anotó el Consejo de Estado en el auto mediante el cual se confirmó la medida de suspender provisionalmente sus efectos, de conformidad con los artículos 5o. y 8o. de la Ley 57 de 1985, en concordancia con el artículo 333 del Decreto 1222 de 1986, los decretos del Gobernador sólo rigen después de la fecha de su publicación, y como quiera que ello se produjo el 21 de octubre de 1992 "... es decir, dos (2) días después

de notificado personalmente el auto admisorio de la demanda, como consta a folio 16 vto. del Cdno. No. 2, no cabe el menor asomo de duda de que el acto suspendido provisionalmente se expidió con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto mediante el cual se incluyó como tema de estudio en las sesiones extraordinarias de la Asamblea del Tolima el que se regula por la Ordenanza demandada, razón esta que lleva a la Sala a considerar que, por este mismo aspecto, además de violar el artículo 305, numeral 12 de la Constitución también la Asamblea obró por fuera del estricto marco de competencia que le fuera fijado en el Decreto de Convocatoria a dichas sesiones extraordinarias, incurriendo así en violación del artículo 300, numeral 11 de la Carta".

En cuanto a la alegada existencia, legalidad y ejecutariedad del Decreto 1153 de 1992, el Tribunal hace notar que en el asunto sub judíce no tiene aplicación la jurisprudencia del Consejo de Estado citada por la parte demandada, pues en ella se analiza lo concerniente a que la falta de notificación o publicación de los actos administrativos no genera una causal de nulidad, pues "una cosa es que para que entre a regir igual acto sea necesario bien la previa publicación, la notificación, y otra que el acto haya sido expedido inconstitucional a ilegalmente..." (sic).

A pesar de que el decreto 1153 de 1992 sólo empezó a regir a partir de la fecha de su publicación, de todas maneras la Asamblea Departamental en sus sesiones extraordinarias únicamente podía ocuparse de las materias para cuyo estudio fue convocada mediante el Decreto 1020 de 16 de junio de 1992. En consecuencia, no es del caso tratar lo referente al "... tema a la nulidad o la legalidad del Decreto adicional, y aún más ni siquiera el de su existencia porque ...(...)... simplemente el acto no podía entrar a regir porque no había sido publicado y si como se acaba de mencionar no estaba rigiendo pues, mal puede entrar a ejecutarse ..." (sic).

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fl. 74 a 76 Cdno. No. 2):

El Decreto 1153 de 1992 tiene plena validez y eficacia y es ejecutable, pues fue dictado por funcionario competente, sin violar ninguna norma de mayor jerarquía. Dicho acto fue comunicado a la Secretaría de la Asamblea para que se tuviera como parte integrante del Decreto 1020 de 16 julio de 1992.

Si el artículo 305-12 de la Constitución atribuye al Gobernador la función de convocar a la Asamblea a sesiones extraordinarias "... de una u otra forma

le está otorgando una facultad amplísima para proponer y debatir los temas pudiendo este dentro de la autonomía administrativa modificar, adicionarlo derogar el acto administrativo por el cual se convocó a las mismas, por otro acto de igual jerarquía siendo ejecutable como acto general que es". Por ello, en la sentencia que se cita, el Consejo de Estado ha considerado que "La falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no determina la inexistencia y ni siquiera la no entrada en vigencia del acto".

Como el fundamento de la sentencia apelada es el de la falta de publicación del Decreto 1153 de 1992, se insiste en que él era ejecutable y, como tal, según el principio de la para-retroactividad del acto administrativo, del cual habla el tratadista Manuel María Díez, citado por el profesor Gustavo Penagos en su obra "El Acto Administrativo", 5a. Edición, la Ordenanza acusada "... está debidamente aprobada y expedida porque precisamente lo que prevé y permite este principio es que una vez sea suscrito el acto administrativo puede producir efectos antes de que se produzca la formalidad de su publicación, máxime si se trata de un Decreto que necesariamente tenía que conocer una Corporación Administrativa para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales".

En el alegato de conclusión de esta instancia, el apoderado de la parte demandada transcribe argumentos contenidos en el escrito de alegato de conclusión de la primera instancia (fls. 12 a 17 Cdno. No. 4).

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO:

La parte actora no compareció al proceso durante el curso de la segunda instancia.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En su concepto, la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación considera, en resumen, lo siguiente (fls. 18 a 20 Cdno. No. 4):

El Consejo de Estado ha expresado en forma reiterada que la falta de publicación de los actos administrativos de carácter general hace que éstos no puedan ser oponibles ni obligatorios para los administrados, pues si bien tal requisito no es un elemento esencial que condicione su validez, sí lo es para su obligatoriedad y ejecución. Tal posición jurisprudencias se encuentra acorde con lo dispuesto, entre otras normas legales por los artículos 43 del Decreto 01 de 1984, 5o. literal c), en concordancia con el artículo 8o. de la Ley 57 de 1985, y 333 del Decreto 1222 de 1986, este último que ordena que los decretos del Gobernador sólo regirán después de la fecha de su publicación.

Si el Decreto 1153 del 5 de agosto de 1992 entró a regir a partir del 21 de octubre del mismo año, pues en esa fecha se produjo su publicación, y el Decreto 1020 de 16 de julio de 1992, vigente al momento de expedirse la Ordenanza acusada, no incluía dentro de los temas a tratar en las sesiones extraordinarias lo relacionado con traslados en el presupuesto de gastos, la necesaria conclusión es que la Ordenanza 009 del 20 de agosto de 1992 es inconstitucional por enfrentarse a lo mandado en el artículo 305-12 de la Constitución.

Por lo anterior, el principio de derecho administrativo que invoca el apelante no tiene aplicación en casos como el presente y, en tal virtud, se estima que la sentencia apelada debe ser confirmada.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El fundamento esencial del recurso de apelación consiste en que la Ordenanza acusada no incurre en violación del artículo 305 numeral 12 de la Constitución Política, toda vez que ella se expidió con base en el Decreto 1153 de 5 de agosto del mismo año, proferido por el Gobernador del Tolima, el cual, independientemente de su publicación oportuna, era ejecutable por la Asamblea Departamental desde el momento en que le fue comunicado.

En consecuencia, corresponde a la Sala definir a partir de qué momento empieza la vigencia de los decretos dictados por los gobernadores.

Para el mencionado efecto, la Sala considera necesario hacer la siguiente precisión:

Respecto de la promulgación y publicación de los actos administrativos de carácter general, como requisito para entrar a regir, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que ella solo se impone en la medida en que afecten los derechos de los gobernados, pero no así cuando contengan medidas internas para la misma Administración, pues ellos pueden cumplirse sin necesidad de tal requisito, siempre que lleguen por otros medios al conocimiento de sus destinatarios (Sentencia de 15 de septiembre de 1943, Anales del Consejo de Estado, Tomo LI, números 329-334, pág. 184; Sentencia de 22 de octubre de 1974, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente doctor Humberto Mora Osejo, Actor: Juan Manuel Bravo Arteaga, Exp. No. 2304, Anales del Consejo de Estado, T. LXXXVII, números 443 y 444, págs. 371 a 379).

En el expresado sentido también se pronunció esta Sección en sentencia de 30 de julio de 1993, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano, Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo, Exp. No. 2262, y auto de 29 de octubre de 1993,

Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor Victor Alfonso Estupiñán Perdomo, Exp. No. 2655.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra que lo expresado por esta Corporación y concretamente, por esta Sección en las providencias atrás resecadas tuvo su origen en la interpretación jurisprudencias de los artículos 52, 53 y 109 de la Ley 4a. de 191-3 43 del Decreto 01 de 1984, entre otros, normas que no son las únicas aplicables al asunto *sub júdice*, por lo cual el análisis de la legalidad de la Ordenanza acusada no puede hacerse válidamente desde dicha óptica jurisprudencias, toda vez que ella tuvo su origen en un Decreto del Gobernador del Departamento del Tolima, que si bien estaba dirigido al interior de la misma Administración y su destinatario tuvo oportuno conocimiento, requería, por expreso mandado de la ley, de su previa publicación como condición indispensable para que produjese efectos jurídicos, es decir para que empezase a regir y, en tal virtud, pudiese servir de sustento a dicha Ordenanza.

En efecto, como oportunamente lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto admiscrio de la demanda, en cuanto en él se decretó la suspensión provisonal de los efectos de la Ordenanza acusada, la simple preexistencia del Decreto No. 1153 de 5 de agosto de 1992 no constituye, por sí misma, su sustento constitucional frente al artículo 305-12 de la, Carta Política, cuya violación se predica en la demanda, toda vez que respecto de dichos actos del Gobernador los artículos 330 literal c) y 333 del Decreto 1222 de 1986, que codificaron los artículos 5o. literal c) y 8o. de la Ley 57 de 1985, consagran que ellos sólo regirán después de la fecha de su publicación" en el "Boletín o Gaceta Oficial" de los departamentos, es decir, que sus mandatos, independientemente de sus destinatarios, sólo producen efectos jurídicos después de su publicación, como expresamente también lo dispone el artículo 379 del Decreto 1333 de 1986 que codificó el artículo 1o. de la Ley 57 de 1985. Y si el Decreto 1153 de agosto de 1992 sólo se publicó en el órgano de publicación oficial del Departamento del Tolima el día 21 de octubre de 1992, como se encuentra acreditado en el proceso, ello implica que la Asamblea no podía fundamentar en él la expedición de la Ordenanza No. 009 de 20 de agosto del citado año.

En la mencionada providencia, la Sala expresó lo siguiente (fls. 4 a 8 Cdno. No. 3):

> "Luego de analizar y sopesar jurídicamente las razones expuestas en la solicitud de la medida precautelativa, en el auto materia de apelación y en el escrito de interposición del recurso, la Sala considera que la decisión de suspender provisionalmente los efectos del acto demandado ha de ser mantenida y, en tal virtud, habrá de confirmarla.

"En efecto, en casos como el que se analiza la preexistencia del Decreto No. 1153 de 5 de agosto de 1992 no puede constituir, por sí sola, el sustento de la constitucionalidad del acto acusado, ya que si de conformidad con los artículos 5o. y 8o. de la Ley 57 de 1985, en concordancia con el artículo 333 del Decreto 1222 de 1986, los decretos, del Gobernador solo rigen después de la fecha de su publicación, y la misma parte demandada afirma y acompaña la prueba de que tal hecho se produjo, el día 21 de octubre de 1992, es decir, dos (2, días después de notificado personalmente el auto, admisorio de la demanda, como consta a folio 16 vto. del Cdno. No. 2, no cabe el menor asomo de que el acto suspendido provisionalmente se expidió con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto mediante el cual se incluyó como tema de estudio en las sesiones extraordinarias de la Asamblea del Tolima el que se regula por la Ordenanza demandada, razón esta que lleva a la Sala a considerar que, por este mismo aspecto, además de violar el artículo 305, numeral 12 de Constitución, también la Asamblea obró por fuera, del estricto marco de competencia que le fue fijado en el Decreto de convocatoria a dichas sesiones extraordinarias, incurriendo así en violación del artículo 300, numeral 11 de la Carta.

"Además, de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 379 del Decreto 1333 de 1986 señala la obligación de la Nación, de los departamentos y municipios de dar oportuna publicidad a todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley debe publicarse para que produzcan efectos (subraya la Sala).

"Sobre el tema en estudio también se ha pronunciado los doctrinantes de Derecho Administrativo, en los siguientes términos:

"Es un principio general de derecho administrativo el que el acto administrativo; de carácter general o individual, no es obligatorio ni por consiguiente ejecutable u oponible a los administrados, mientras no se haya llevado al conocimiento de éstos por cualquiera de los medios previstos en la ley positiva. En otras palabras, el acto administrativo no publicado, no notificado, no surte efectos legales y, por ende, no es ejecutable por quien lo profirió, o por la autoridad a quien corresponda dicha ejecución (Decreto 01 de 1984, arts. 48 y 76-7) (Manuel María Diez. Derecho Administrativo, T. II págs. 273 y 274. Citado por Miguel González Rodríguez. Código Administrativo, Concordado y Comentado Parte Primera. Librería Jurídica Wilches Bogotá, 1990, P. 143)".

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala precisa los criterios por ella expuestos en las providencias citadas al inicio de estas consideraciones, en el sentido de que los mismos sólo conservan validez en la medida en que se trate de actos administrativos de carácter general cuyas disposiciones están dirigidas a la misma Administración y frente a los cuales no exista norma expresa que condicione su vigencia al requisito de la publicación. Es decir, que tales criterios jurisprudenciales no operan respecto de actos administrativos de carácter general frente a los cuales, independientemente de sus destinatarios, la ley exija publicarlos como requisito para entrar a regir, cual es el caso, precisamente de los decretos de los gobernadores.

La Sala considera que las precedentes consideraciones, con fundamento en las cuales habrá de procederse a confirmar la sentencia apelada, están en armonía con el espíritu del precepto contenido en el artículo 1o. de la Ley 57 de 1985, codificado en el artículo 379 del Decreto 1333 de 1986, que impone a los departamentos, entre otros entes, el deber de incluír en sus respectivos boletines o gacetas oficiales no sólo aquellos actos que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos, tal como sucede en el asunto *sub-examine*, sino "... todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 16 de junio de 1993.

Segundo.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Nota de Relatoría: En igual sentido se reiteran las siguientes providencias: Sentencia de 15 de septiembre de 1943, Anales del consejo de Estado, tomo LI, pág. 184; sentencia de 22 de octubre de 1974, Exp. 2304, Ponente: Dr. HUMBERTO MORA OSEJO, Anales del Consejo de Estado T. LXXXVII, págs. 371 a 379. sentencia de 30 de julio de 1993, Ponente: Dr. YESID ROJAS SERRANO, Exp. 2262 y auto de 29 de octubre de 1993, Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Exp. 2655.

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Iniciativa / GOBERNADOR - Facultades / PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Reforma

Si bien el artículo 60-7o. del Decreto 1222 de 1986 señala, en lo pertinente, que corresponde a las asambleas por medio de ordenanzas decretar inversiones y participaciones de fondos departamentales, y que ellas sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del gobernador, de dicho mandato no puede conducirse, sin hesitación alguna, que el acto acusado incurra en su violación manifiesta, pues en sus considerandos claramente se expresa que su expedición obedece, entre otras razones, a la omisión en que se incurrió al transcribir en la Ordenanza No. 024 de 1991 el rubro "Fondo Proapertura de Escuelas Rurales", el cual, según constancia de la Comisión de Presupuesto, había sido corregido o adicionado con la frase "Vinculación de Docentes".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2686. Actora: ADRIANA CONSTANZA NIÑO DURAN.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto admisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 20 de agosto de 1993, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto No.185 del 9 de marzo de 1993, "Por el cual se adiciona la denominación de un rubro del Presupuesto Departamental", expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima.

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 que incurre en violación de los artículos 6o., 122, 123, 300-5, 305, 352 y 353 de la Constitución Política, de "... la Ley 38 de 1989 Estatuto Orgánico del Presupuesto..." y del artículo 60-7 del Decreto 1222 de 1986, por las razones que se resumen a continuación (fls. 81 a 84 Cdno. Ppal.):

A pesar de que la iniciativa del gasto público de los departamentos está radicada exclusivamente en cabeza de los gobernadores, debe tenerse en cuenta que la competencia privativa sobre aspectos reguladores de la vida normativa presupuestal de dichos entes territoriales le está asignada a las asambleas. Además, "No existe competencia en esta materia independiente, pues el acto administrativo del presupuesto es, además de ser (sic) un acto condición, en este caso es un acto complejo en cual intervienen dos órganos que son indispensables para debida expedición del acto. Cuando un acto por naturaleza complejo, como el que nos ocupa, prescinde del otro órgano con el cual debe conjuntamente proferirlo, está invadiendo o usurpando su esfera de competencia y generando incompetencia en el acto que dicte de tal manera". En consecuencia, frente al acto acusado cabe predicar el vicio de incompetencia del funcionario que lo expidió, ya que, sin mediar la intervención de la Asamblea, en su artículo 1o. se dispone que "El nombre del rubro presupuestal denominado Fondo Pro-apertura de Escuelas Rurales en la Ordenanza No. 024 de fecha Dic. 1 de 1992 quedará así: Fondo Pro-apertura de Escuelas Rurales y Vinculación de Docentes".

De otra parte, si el artículo 60-7 del Decreto 1222 de 1986 prevé, entre otros aspectos, que las Ordenanzas que decreten inversiones y participaciones de fondos departamentales sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador, ello implica que la Ordenanza No.024 de 1992 sólo podía reformarse por la Asamblea del Tolima, mediante la presentación por parte del Gobernador de un proyecto de ordenanza modificatorio.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que al tenor de los artículos 63 a 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto y 42 a 47 del Decreto 3077 de 1989, las modificaciones al presupuesto por parte de la asamblea o del gobernador, en el lapso en el cual dicha Corporación no sesione, sólo procede a través de créditos adicionales traslados y contracréditos. Es decir, que de dichas facultades no se puede colegir otro mecanismo o modalidad para modificar el presupuesto, como aquél de que dá cuenta el acto acusado, pues con ello se desvía el objetivo que la Asamblea señaló en el Presupuesto a dicho rubro

presupuestal. Por las anotadas razones también se incurre en clara violación de los artículos 352 y 353 de la Carta Política.

> "Otro caso bien distinto es la autorización dada al Secretario de Hacienda para hacer aclaraciones o correcciones de la leyenda necesaria para enmendar los errores de transcripción y aritméticos que figuren en el Presupuesto, según el artículo 51 del decreto de liquidación No.1864 de 1992; asunto que no fue el del decreto acusado, pues como consta en la certificación y en la declaración dada por el honorable Diputado Carlos Erazo, presidente de la Comisión de Presupuesto, la modificación señalada no fue aprobada por la Comisión ni se presentó a la plenaria para su discusión y posterior aprobación. Se tuvo tal vez la intención por el Gobierno y algunos miembros de la Comisión, pero esta no basta para hacerle compatible con la voluntad de la Asamblea de aprobar el texto como quedó plasmado definitivamente en la Ordenanza
>
> No.024 de 1992.
>
> "No es, pues válida la motivación dada en la parte considerativa al señalar el argumento expuesto de que el rubro en mención fue corregido en la Comisión de Presupuesto por el de Vinculación de Docentes, pues como se demuestra en la constancia y declaración del señor presidente de la Comisión de Presupuesto y en el informe final de la misma Comisión y en el acta de aprobación de la Ordenanza 024 de 1992, tal modificación no fue en definitiva ni propuesta ni mucho menos aprobada, configurándose una falsa motivación en el Decreto 185 de 9 de marzo de 1993".

II.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Tolima decretó la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 97 a 101):

Considera el Tribunal, en primer término, que en virtud de que en la petición de la medida precautelativa impetrada sólo se expresa de manera concreta el concepto de violación del artículo 60-7 del Decreto 1222 de 1986, a su confrontación con el acto acusado debe reducirse el estudio de dicha solicitud.

De la lectura comparativa del acto acusado con la Ordenanza No. 024 de 1o. de diciembre de 1992, contentiva del Presupuesto de Ingresos y Gastos para la vigencia fiscal de 1993 y con el Decreto 1864 de 1992 "Por el cual se liquida el Presupuesto General del Departamento para la vigencia fiscal de 1992", resulta evidente que el primero de ellos adiciona el rubro denominado en

el Presupuesto Departamental "Fondo Pro-apertura Escuelas Rurales", incluido en el Programa 15, Fondos, INVERSION INDIRECTA del Capítulo 08, Secretarías de Educación y Cultura, artículo 160, con la frase "... y Vinculación de Docentes".

> "Es evidente y ostensible que al adicionarse el rubro inicial, cuya asignación de recursos estaba solo destinado para sufragar los gastos que demandara la apertura de las Escuelas Rurales, se modificó al agregarse que con estos recursos deberían pagarse también los servicios personales que demanda la vinculación de docentes, lo cual significa que parte de los recursos de inversión deben incluirse para el pago que requiera los gastos de funcionamiento, cuando estos recursos financieros debían aplicarse según el acto creador solo en la apertura de Escuelas, mediante el procedimiento de la inversión indirecta.
>
> "En este orden de ideas, es claro que la Ordenanza Número 024 del 1 de diciembre 1992 solo podía ser reformada por la misma Asamblea Departamental, observando el procedimiento establecido en el numeral 7 del artículo 60 del Código de Régimen Departamental, y en consecuencia de decretarse la suspensión provisional del acto acusado".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los fundamentos del recurso de apelación son, en síntesis, los siguientes (fls. 114 a 117 Cdno. Ppal.):

La providencia impugnada desconoce que la procedencia de la suspensión provisional está supeditada a la infracción manifiesta de una de las normas que se invocan en su solicitud, pues ella se adoptó luego de todo un estudio normativo propio de la sentencia. Es decir, en ella se hace referencia, entre otros, a los artículos 6o., 122, 123, 300-5 y 305 de la Constitución, a la totalidad de la Ley 38 de 1989, a su Decreto Reglamentario 3077 del mismo año e igualmente al artículo 60 del Decreto 1222 de 1986. Lo anterior implica que, violando las mínimas garantías del debido proceso se resolvió proferir sentencia anticipada, sin dar oportunidad al Departamento de exponer sus razones sobre la legalidad del acto acusado y menos aún, de adoptar o solicitar los medios probatorios para tal fin.

El acto acusado no modifica, altera, suprime o amplía el contenido sustancial del rubro presupuestal denominado "Fondo Pro-apertura de Escuelas Rurales", como erradamente se considera en la providencia recurrida, sino simplemente lo adiciona con la expresión "...y Vinculación de los Docentes" para adecuar su denominación a lo que en realidad era la ejecución material de

dicho rubro en razón de las varias Ordenanzas que a través de los años le habían dado entidad. Sí el juez de segunda instancia lo observa, el mencionado rubro obedece y está llamado a proveer recursos a las actividades señaladas en las Ordenanzas 047 de 1984, 087 y 088 de 1986, y 104 de 1991 (aportadas en copia auténtica por el recurrente).

En efecto, el acto acusado se dictó con base en las facultades concedidas al Gobierno Departamental por el artículo 2o. de la Ordenanza 087 de 1986, modificatoria del artículo 2o. de la Ordenanza 047 de 1984, que establecía el Fondo Pro-apertura y Funcionamiento de Escuelas y cuyo objetivo principal era el pago de docentes en Escuelas Rurales. El citado artículo 2o. de la Ordenanza 087 otorga al Gobernador amplias facultades, sin límite de tiempo, al expresar:

> "Facúltase al Gobierno Departamental para reglamentar el funcionamiento de la presente Ordenanza, principalmente en lo relacionado con la fijación de criterios, requisitos y procedimientos para el manejo del Fondo Departamental Proapertura y funcionamiento de escuelas rurales ...".
>
> "Otra Ordenanza que otorga facultades en forma abierta al Gobierno Departamental. y que no tiene límites temporales es la Ordenanza 088 de 1986, que en su Artículo 1o., reza: "Facúltase al Gobierno Departamental. para que a través de la Secretaría de Educación organice la prestación de servicios de Licenciados en Educación para los colegios del Departamento".
>
> "Mediante la Ordenanza 104 del 27 de diciembre de 1991, la Honorable Asamblea del Tolima, facultó expresamente al Gobierno Departamental, para vincular Maestros de Básica Secundaria con cargo al "Fondo Pro-apertura y Funcionamiento de Escuelas", cuando en el título de la norma señala: "por la cual se reglamenta la contratación de Docentes con cargo al Fondo Proapertura y Funcionamiento" y, posteriormente en el literal c) del Artículo 1o., reza: "...c.- para la Educación Básica Secundaria, la contratación de licenciados, se hará teniendo en cuenta los listados de necesidades que presente cada uno de los Jefes de Distritos Educativos de la Secretaría de Educación".
>
> "Como se puede notar, la Asamblea amplió el radio de acción y objetivo del fondo materia de estudio, al disponer en una norma que claramente reglamenta el funcionamiento y contratación de maestros con cargo a dicho fondo, la posibilidad de vincular licenciados para suplir la carencia en el nivel de secundaria".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Realizado por la Sala el estudio de los argumentos expuestos por la parte actora en sustento de su solicitud de suspensión provisional, la decisión del Tribunal *a-quo* y las razones en las cuales se fundamenta el recurso interpuesto por Sala llega a la ineludible conclusión de que el acto no incurre en la violación manifiesta u ostensible del artículo 60- 7o. del Decreto 1222 de 1986 así como tampoco de las demas disposiciones Invocadas en dicha solicitud, por lo cual, en la parte resolutiva de esta providencia, habrá de precederse a revocar la decisión recurrida, y en su lugar, a denegar la medida precautelativa impetrada por las siguientes razones:

1o.- Porque si bien el artículo 60-7o.del Decreto 1222 de 1986 señala, en lo pertinente, que corresponde a las asambleas por medio de ordenanzas decretar inversiones y participaciones de fondos departamentales, y que ellas solo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del gobernador, de dicho mandato no puede conducirse, sin hesitación alguna, que el acto acusado incurra en su violación manifiesta, pues en sus considerados claramente se expresa que su expedición obedecer, entre otras razones, a la omisión en que se incurrió al transcribir en la Ordenanza, No. 024 de 1991 el rubro "Fondo Pro-apertura de Escuelas Rurales", el cual, según constancia de la Comisión de Presupuesto, había sido corregido o adicionado con la frase "Vinculación de Docentes". En consecuencia, para concluir si el acto acusado incurre o no en transgresión de la citada norma legal, habría que procederse a un detenido estudio de las pruebas que se anexaron a la demanda, de aquellas que se decreten en el curso del proceso, de las diversas Ordenanzas que cita y acompaña el recurrente y, en fin, de los argumentos que la contestación de la demanda, todo lo cual sólo es factible realizar en la sentencia.

2o.- Porque para llegar a la conclusión acerca de si el acto acusado incurre o no en violación de las restantes normas constitucionales y legales que se invocan en la solicitud no es suficiente con realizar la confrontación de estas con aquél, toda vez que el mismo se fundamenta, según reza en sus considerandos, en el artículo 67- inciso sexto-, de la Carta Política, en la Ley 21 de 1992 y en la Ordenanza No. 024 de 1992 en cuyos mandatos podría encontrarse la base jurídica de dicho acto y que no corresponde examinar en este momento procesal, pues no se señalan como infringidas por el solicitante de la medida.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o.- REVOCASE el inciso quinto de la parte resolutiva del auto de 20 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y, en su lugar, se DISPONE:

DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto No.185 de 9 de marzo de 1993, expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima.

2o.- En firme esta procedencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CORTE CONSTITUCIONAL / COMPETENCIA / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES

La voluntad del Constituyente fue la de someter a control de constitucionalidad los decretos que dictará el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias al él conferidas en las disposiciones precipitadas. En virtud de tal voluntad, en el artículo transitorio 10 dejó dicho control a cargo de la Corte Constitucional. Corrobora lo anterior las circunstancias de que el Decreto 2067 de 1991 fue sometido a consideración de la Comisión Especial creada mediante el artículo transitorio 6o. de la Constitución Nacional de conformidad con lo dispuesto en el literal a) de la misma norma, y que la Corte Constitucional ya ha ejercido control de la constitucionalidad sobre él.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2253. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: LUIS CARLOS SACHICA APONTE.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad propuesto contra algunas disposiciones del Decreto No. 2067 del 4 de septiembre de 1991, dictado por el Gobierno Nacional, "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional".

SECCION PRIMERA

LA ACCION:

Es la consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y la propone el ciudadano y abogado Dr. Luis Carlos Sáchica Aponte, contra las siguientes disposiciones del ya mencionado Decreto No. 2067 de 4 de septiembre de 1991:

a) El artículo 2o. que trata del contenido de las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad, pero sólo en su última fracción, que reza así:

> "En caso de que la demanda sea presentada a petición de una persona natural o jurídica, el demandante deberá indicarlo en la demanda".

b) El inciso del artículo 21, que es del siguiente tenor:

> "Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva o disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución".

Pero sólo en cuanto incluye las palabras "policíva y disciplinaria", subrayadas por la Sala.

c) La disposición contenida en el artículo 24 que es del siguiente tenor:

> "La declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de los particulares derivadas de ella.
>
> "Tampoco impide que un juez no aplique la norma cuando por las circunstancias particulares del caso sea necesario proteger algún derecho constitucional que no fue considerado en la sentencia de la Corte Constitucional. En estos casos, el juez podrá, de oficio, elevar consulta ante la Corte para que ésta aclare los alcances de su fallo. La corte podrá resolver la consulta dentro de los diez días siguientes a la recepción del escrito donde se formule la consulta y comunicará inmediatamente al juez correspondiente la absolución de la consulta".

LAS NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACION:

El actor considera que con la expedición de las disposiciones acusadas se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación de las mismas:

Primer cargo: Señala el actor que la primera de las disposiciones acusadas viola los artículos 40 -numeral 6-, 241 -numerales 1, 4 y 5-, y 242 -numeral l- de la Constitución Política, porque, conforme se deduce del texto de estas normas, la acción de inconstitucionalidad es sólo ejercitable por las personas que tengan el atributo de ser ciudadanos.

Segundo cargo: Expresa el demandante que el inciso 2o. del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, infringe los artículos 29 y transitorio 23 de la Constitución Política. Aduce al respecto que viola el artículo 29 al ampliar el efecto de la excepción relativa a la aplicación retroactiva de la ley penal a campos no previstos en la norma constitucional, como son el campo policívo y disciplinario. De tal suerte que con esta extensión el ejecutivo se excedió doblemente en el ejercicio de las facultades que le otorgaba el artículo 23 transitorio de la Constitución, primero porque las facultades se limitaron a la regulación del procedimiento que se sigue en los procesos ante la Corte Constitucional y, además, por añadir a una excepción, siendo toda excepción taxativa, materias que el correspondiente precepto constitucional no incluía.

Tercer cargo: Sostiene el demandante que el artículo 24 del Decreto 2067 es ilegal por cuanto su contenido es diferente y ajeno a la facultad conferida al Gobierno en el citado artículo 23 transitorio. Es decir, que no podía el ejecutivo con la facultad otorgada proceder a dictar normas relativas a la acción de tutela, o normas para establecer los alcancen de las decisiones de constitucionalidad respecto de la acción de tutela, o normas que confieren a los jueces atribuciones para dejar de aplicar en casos particulares normas declaradas constitucionales por la Corte Constitucional, o normas que crean un mecanismo de consulta de los jueces ante la anotada Corte, porque con ello se presenta un claro exceso en el ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 23 transitorio de la Constitución. Amén de la transgresión de los artículos 230 y 241 de la Constitución que se evidencia con la creación del mecanismo de consulta de los jueces ante la Corte, pues con ello se desconoce la autonomía de los jueces para fallar.

LA DEFENSA DEL DECRETO ACUSADO:

El Ministerio de Justicia en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión se opone a las pretensiones del actor, aduciendo, en esencia, que el Presidente de la República no hizo otra cosa que cumplir con lo preceptuado en el artículo 23 de la Carta Política, sin violar norma constitucional alguna, pues se ciñó en un todo derecho y acató las normas vigentes sobre la materia.

El Ministerio de Gobierno no dio contestación a la demanda, pero alegó de conclusión, expresándose en el mismo sentido que el Ministerio de Justicia.

SECCION PRIMERA

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA:

La señora Procuradora Primero Delegado ante la Corporación, en su vista de fondo, conceptúa que debe declararse la nulidad de todo lo actuado en este proceso, basándose para ello en que la Corte Constitucional mediante sentencia de 14 de enero de 1993, dictada en el proceso acumulado D-099, D-125 y D-127, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, de la cual transcribe lo pertinente, se pronunció sobre la constitucionalidad del inciso final del artículo 2o. del Decreto 2067 de 1991, en el sentido de declararlo inexequible, y que en la misma sentencia expuso las razones para asumir la competencia sobre las demandas de inconstitucionalidad que se formulan contra el mencionado Decreto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De la Competencia.

El Decreto 2067 de 1991, del cual hacen parte las disposiciones acusadas, fue expedido con base en las facultades conferidas por el artículo 23 transitorio de la Constitución Nacional, que dice en su inciso primero:

> "Revistase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los dos meses siguientes a la promulgación de la Constitución dicte mediante decreto, el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional".

El artículo transitorio 10 de la Carta Política expresa:

> "Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional".

Y, el artículo transitorio 6o., literal a), reza:

> "... Esta Comisión Especial tendrá las siguientes atribuciones:
>
> "a) Improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que prepare el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el artículo anterior y en otras disposiciones del presente Acto Constituyente, excepto los de nombramientos.

"Los artículos improbados no podrán ser expedidos por el Gobierno".

A través de una interpretación sistemática e histórica de los artículos transitorios 6o, 10 y 23 de la Constitución Nacional, se observa claramente que la voluntad del Constituyente fue la de someter a control de constitucionalidad los decretos que dictará el Gobierno en ejercicio de lás facultades extraordinarias a él conferidas en las disposiciones precisadas. En virtud de tal voluntad, en el artículo transitorio 10 dejó dicho control a cargo de la Corte Constitucional, amén de que recalcó sobre la fuerza de ley que tienen dichos actos.

Corrobora lo anterior las circunstancias de que el Decreto 2067 de 1991 fue sometido a consideración de la Comisión Especial creada mediante el artículo transitorio 6o. de la Constitución Nacional de conformidad con lo dispuesto en el literal a) de la misma norma, y que la Corte Constitucional ya ha ejercido control de constitucionalidad sobre él, según sentencias C-003 del 14 de marzo y C-13 del 25 de marzo de 1993, entre otras.

Interpretando literalmente el artículo transitorio 10 de la Carta, podría pensarse que los actos dictados con base en el artículo 23 transitorio, no estarían sometido al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional porque esta disposición ocupa un lugar posterior a aquel artículo.

Sin embargo, este hipotético criterio quedaría revaluado porque el artículo 6o. transitorio, éste si anterior al 10o., contempla la posibilidad de que el Gobierno dicte decretos, no solamente en ejercicio "de las facultades extraordinarias concedidas por el artículo anterior", sino en otras disposiciones del acto constituyente, que bien pueden ser las conferidas en el artículo 23 transitorio que sirvió de base para la expedición del acto acusado.

De otra parte, acerca de esta situación se pronunció la Corte Constitucional, en los siguientes y pertinentes términos:

> "Lo que sucedió, empero, es que el dicho artículo fue ubicado con el número 10 dentro de los 59 artículos transitorios que tiene la Carta, por decisión del compilador final de las normas pero no por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, y su numeración concreta no fue sometida a votación conforme al reglamento de dicha Corporación. A este respecto la Corte Constitucional ya se ha pronunciado acerca del valor meramente indicativo pero no vinculante de los argumentos "*sede-materiae*" -por ubicación- y "a rúbrica" -por su título-. Por tanto el artículo 10 transitorio perfectamente pudo haber tenido el número 1 o 59 transitorio, por decisión unilateral y no vinculante del compilador, de suerte que cuando el afirma que están sometidos a control los "decretos que expida el gobierno

en ejercicio de las facultades conferidas en los anteriores artículos", debe entenderse, en forma razonable, que se está haciendo alusión a todos los artículos transitorios desde el primero hasta último, y no solamente a los arbitrariamente ubicados antes del décimo". (Sentencia C-003 del 14 de enero de 1993. Proceso Acumulado No. D-099, D-125 y D-127. Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero).

De lo expuesto, se infiere con toda claridad que el organismo competente para conocer del asunto planteado es la Corte Constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DECLARASE INHIBIDO para conocer de la presente acción, por falta de jurisdicción.

Devuélvase a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Moreno.*

SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Reestructuración / COMPETENCIA - Redistribución

La circunstancia de que el Decreto 2150 de 1992 reproduzca algunas de las disposiciones relacionadas con la organización y funcionamiento de la Superintendencia de Subsidio Familiar que estaban vigentes en la normatividad anterior, no constituye por sí sola transgresión del artículo 20 transitorio de la Carta. La redistribución de competencias a que se refiere esta norma superior no extraña necesariamente que ello deba conducir a la eliminación total y absoluta de las regulaciones legales precedentes, como lo sugiere el actor. De lo que se trata en el caso *sub lite* es de reestructurar la Superintendencia de Subsidio Familiar; y bien se puede efectuar este reordenamiento reiterando o reproduciendo algunas disposiciones de la legislación precedente si con ello no se afecta la finalidad de poner dicho organismo en consonancia con la nueva Carta y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece. DECLARA LA NULIDAD del numeral 11 del artículo 11 del art. 7o. del Decreto 2150 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, pero sólo en cuanto a la frase: " ... estatuír normas y procedimientos a que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros ... y ..."

SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Facultades / REVISION FISCAL / SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL / SUBSIDIO FAMILIAR

No hay razón para que el Superintendente no pueda revisar los estados financieros de las entidades sometidas a su vigilancia, ya que no se trata de desconocer la validez de los estados contables

rubricados por contador público, sino que no existe nada más conducente que revele la situación económica de una entidad que sus estados financieros. De tal manera que es allí donde puede advertirse si el manejo de los dineros que se recaudan está siendo utilizado adecuadamente o nó, que es precisamente en lo que hizo más énfasis el constituyente en aras de garantizar un eficiente servicio público de seguridad social. Para proteger el manejo, aprovechamiento e inversión de los dineros recaudados con destino al pago del subsidio familiar, bien puede la entidad encargada por el Presidente de la República de la vigilancia y control, definir planes y programas de desarrollo y monto de inversiones, para evitar que se desvíen los fondos e impedir que a los beneficiarios del subsidio no se les satisfagan sus necesidades ni se les alivien las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo de la sociedad, que constituye el objetivo primordial de esta prestación social.

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - Naturaleza / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades

Las Cajas de Compensación Familiar, siendo como en efecto lo son, personas Jurídicas de derecho privado, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, se ciñen, por supuesto a las regulaciones del derecho privado (derecho civil y/o derecho comercial) en lo referente a contratación de obras, servicios y suministros. Estas regulaciones, estatutos o normatividad positiva no es otra que la que se encuentra en los respectivos Códigos Civil y Comercial y normas que los modifican y complementan, cuya expedición corresponde privativa y exclusivamente al Congreso de la República conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 150 de la Constitución Nacional, toda vez que ni siquiera el Presidente de la República tiene la posibilidad de hacerlos a través de facultades extraordinarias; teniendo en cuenta que éstas no se podrán conferir para expedir códigos ni leyes estatutarias, según la previsión contenida en el núm. 10 *ibídem*. Entonces, en esta consideración, los fragmentos suspendidos "...estatuír normas y procedimientos a que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros .... y...." ameritan plenamente su nulidad por lo acabado de exponer.

EXP. - 2268 Y 2399

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL / CONSEJO SUPERIOR SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR / CONSEJO ASESOR

No es cierto, como lo sostiene la actora, además contradictoriamente, que hayan quedado vigentes dos organismos paralelos con funciones iguales, porque mientras el Consejo Superior es órgano de asesoría y coordinación del Ministerio de Trabajo, como, en efecto, así quedó consagrado en la estructura de éste plasmada en el Decreto 2145 de 1992 que lo reestructuró (art. 4o.), el Consejo Asesor, como su nombre lo indica, lo es de la Superintendencia de Subsidio Familiar, con una conformación y funciones distintas a las de aquel organismo.

SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Facultades / POLICIA ADMINISTRATIVA / SANCIONES

Por el Decreto que se expidió, dada su jerarquía de ley, podía estatuír normas sancionatorias, máxime si se tiene en cuenta que el ejercicio de la facultad para imponerlas es uno de los aspectos que caracterizan la potestad de inspección y vigilancia, pues no puede concebirse un ente de control, como lo es la superintendencia, sin facultades para sancionar, lo que no constituye jamás quebranto de las aludidas normas constitucionales, aparte de que la tendencia del legislador colombiano en materia de imposición de sanciones ha sido la de dar un margen de discrecionalidad en su graduación, de acuerdo con la gravedad de la falta y los antecedentes del infractor.

INTERPRETACION DE LA LEY

La oscuridad de una norma no amerita *per se* su nulidad; lo que se impone es su interpretación en orden a su correcta aplicación. No puede olvidarse que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, y que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente que versan sobre el mismo asunto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes Nos. 2268 y 2399 acumulados. Acción: Nulidad promovida en ambos procesos contra el Decreto 2150 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Actores: VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO Y ANILSA CAICEDO SALAZAR.

Procede la Sala a dictar sentencia para resolver las demandas que han dado lugar a los procesos radicados bajo los números 2268 y 2399, que han sido acumulados, instauradas por los ciudadanos VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO (expediente 2268) Y ANILSA CAICEDO SALAZAR (expediente No. 2399) contra el Decreto 2150 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional y "por el cual se reestrutura la Superintendencia de Subsidio Familiar".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION EN EL EXPEDIENTE No. 2268

Señala el actor en este proceso como infringidos por disposiciones del Decreto 2150 de 1992 los artículos 6,14,16,25,29,38,83,84 121,150 -numerales 1o. y 2o.- y transitorio 20 de la Constitución Nacional.

Hace consistir la presunta violación en las censuras que se condensan en los siguientes cargos:

Primer cargo. Al leer, dice el demandante, los artículos 1o. y 2o. -numerales 1 y 3-, 7o. -numerales 1, 3, 5, 6, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19 y 20- y 25 del Decreto 2150 de 1992, se observa que su redacción o texto corresponde al de los artículos 1o. 3o. 4o. y 6o. (de éste en la mayor parte de sus literales) de la ley 25 de 1981, y 79 y 82 del Decreto Reglamentario 341 de 1988, es decir, que cuando el Gobierno utiliza las facultades del artículo transitorio 20 de la Carta, lo hizo para repetir lo que ya existía, incumpliéndose así con el objetivo de reasignar funciones que contempla esta disposición constitucional. De allí que cabe la nulidad de las precisadas disposiciones del acto acusado.

Segundo cargo. Sostiene el demandante que el numeral 2o. del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992, al atribuir al Superintendente la facultad de "Nombrar, remover y distribuir los funcionarios de la entidad y reasignar competencias entre las distintas dependencias cuando ello resulte necesario para el mejor desempeño del servicio", se contraría al Artículo Transitorio 20, en concordancia con el 122 de la Constitución, ya que dichas funciones "se fijan por ley o reglamento y no por el Superintendente", de donde resulta que éste quedó "investido de funciones legislativas", pudiendo así también variar la

competencia de los funcionarios, dando lugar a que éstos puedan efectuar investigaciones, evaluar cargos, descargos y pruebas, lo que significa vulnerar el artículo 20 *ibídem*.

Tercer cargo. El numeral 4o. del artículo 7o. del Decreto acusado, al facultar al Superintendente para "fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación", lo autorizó para que "interprete con autoridad la Ley", lo cual "no corresponde constitucionalmente a ningún funcionario distinto de la jurisdicción o del Congreso", y se traduce en inconsonancia frente a los artículos 6o., 150 - numerales 1 y 2- y 18° numeral 11 de la Carta Política.

Cuarto cargo. Al autorizarse al Superintendente por el numeral 7 del artículo 7o. del Decreto acusado, para que al revisar los estados financieros, "Formule sus observaciones las cuales serán de obligatoria consideración por parte de la entidad vigilada", se infringen los artículos 6o., 14, 16, 29, 38, 83 y 84 de la Carta, toda vez que darle a una observación el rango constitucional o legal de obligatoriedad es otorgarle a dicho funcionario una atribución para legislar por fuera de la Carta.

Quinto cargo. El artículo 7o. del Decreto acusado, por su numeral 6o. infringe los artículos 14, 16 y 38 de la Carta, ya que al facultar al Superintendente para definir los planes de desarrollo, las necesidades insatisfechas, el límite de las inversiones, la formación de reserva y los gastos administrativos de las entidades vigiladas,restringe la actividad de éstas y permite a aquél administrarlas directamente. En consecuencia, también se transgredió el artículo transitorio 20 porque el Gobierno no utilizó las facultades otorgadas en esta norma con el objetivo en ella previsto. Igualmente el numeral 1o. del artículo 7o. citado, incurre en los mismos yerros, por lo cual también amerita su nulidad.

Sexto cargo. El numeral 11 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992, es violatorio de los artículos 6o., 14, 16, 38 y 150 numerales 1 y 2 de la Carta Política, ya que estatuir normas contractuales sobre asuntos o negocios de los que realizan las personas en sociedad es competencia sólo del legislador. Además, la Superintendencia coadministraría o administraría directamente estas entidades, haciendo nugatorios los derechos fundamentales de libre desarrollo.

Séptimo cargo. Sostiene el actor que los numerales 21, 22 y 23 del artículo 7o. del Decreto acusado y el artículo 37 del mismo estatuto, al facultar al Superintendente para imponer multas a las entidades vigiladas en caso de violación de las normas que las regulan, así como para intervenirlas administrativamente, imponerles otras sanciones y elaborar informes evaluativos en el curso de las investigaciones que adelante, incurre en violación del artículo

29 de la Constitución, en concordancia con el 6o. *ibídem*, que exige que el debido proceso debe estar cimentado en ley previa que defina la falta como la pena. No tiene este carácter legal una autorización o no autorización del Superintendente, de allí la nulidad solicitada. No se cumple, así tampoco, dice el actor, con el objetivo previsto en el artículo transitorio 20 de la Carta.

II. RAZONES DE LA DEFENSA EN EL PROCESO No. 2268

La Nación, representada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación:

Sobre el **primer cargo** sostiene que la reproducción de una norma vigente en otra posterior no constituye violación constitucional alguna, porque ello simplemente tiene un efecto de ratificación de su vigencia.

En relación con el **segundo cargo** señala que las atribuciones dadas al Superintendente en el numeral 2 del artículo 7o. encajan perfectamente dentro de los conceptos de ley y reglamento, siendo esta última noción desarrollo de aquella mediante distintas clases de actos administrativos.

En lo atinente al **tercer cargo** afirma que al facultar el numeral 4 del artículo 7o. del Decreto acusado al Superintendente para "fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación" no se transgrede ninguna norma constitucional, ya que por corresponder a las autoridades administrativas la función de ejecutar la ley, les compete efectuar un permanente ejercicio de discernimiento acerca del preciso sentido de las leyes cuando deben aplicarse a casos concretos de la compleja realidad administrativa.

En cuanto al **cuarto cargo**, en el cual se acusa el numeral 7 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992, la defensa no hace alusión alguna.

En lo concerniente al **quinto cargo**, según el cual inspeccionar y vigilar no significa coadministrar las entidades vigiladas, sostiene la demandada que los numerales 8 y 10 del artículo 7o. acusado, corresponde fielmente a la facultad de inspección y vigilancia que tiene el Estado sobre el servicio público de la Seguridad Social, sobre la prestación de los servicios públicos en general y su relación con las entidades sin ánimo de lucro.

Sobre el **sexto cargo**, reseñado en esta providencia, en el cual se aduce la violación de disposiciones constitucionales por parte del numeral 11 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992, sostiene el Ministerio de Trabajo y Seguridad

Social que la facultad otorgada al Superintendente en esta norma nada tiene que ver con el estatuto general de contratación de la administración pública, porque las Cajas de Compensación Familiar son entidades privadas y sus contratos, por tanto, están regulados por el derecho privado.

En relación con el **séptimo cargo**, afirma la demandada que las atribuciones conferidas al Superintendente en los numerales 21, 22 y 23 del artículo 7o. y en el artículo 37 del Decreto demandado para imponer multas a las entidades vigiladas, intervenirlas administrativamente, imponerles otras sanciones, cuando a ello hubiere lugar, y elaborar informes evaluativos en el curso de las investigaciones que adelante, son propias de la intervención estatal, indispensables para que las funciones de inspección y vigilancia tengan cabal cumplimiento.

No se emitió en este proceso concepto por parte del Ministerio Público.

III. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION EN EL EXPEDIENTE No. 2399

Señala la actora como infringidos por las normas acusadas en la demanda que dió lugar a este proceso radicado bajo el No. 23 los artículos transitorio 20, 29 y 270 de la Constitución Nacional.

Hace consistir la presunta violación en las censuras que se concretan en los siguientes cargos:

Primer cargo. Violación del artículo 20 de la Carta.

Se afirma en esta censura que el Decreto 2150 de 30 de diciembre de 1992 es nulo en su totalidad por trámite deficiente en su expedición, dado que en el Acta 10 de la Comisión de Expertos, prevista en aquella norma superior, no hay concepto alguno de conformidad o inconformidad de sus miembros sobre el proyecto de decreto de reestructuración de la Superintendencia de Subsidio Familiar, como se exige en la misma disposición Constitucional. Se argumenta además, que no se tuvo en cuenta el memorando de los expertos designados por el Consejo de Estado y que el proyecto sometido a consideración de la comisión difería del que expidió posteriormente el Gobierno, pues en aquél no se hablaba de la cuantía de las multas hasta cien salarios mínimos, como sí se estableció en éste.

SECCION PRIMERA

Segundo cargo. Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución a través de los artículos 5o. y 6o. del Decreto acusado.

Manifiesta la demandante que estos artículos, donde se crea un Consejo Asesor de la Superintendencia, encontraban su justificación en el artículo 22 del proyecto que se sometió a consideración de la comisión constitucional, pues en éste se preveía la derogatoria expresa para los artículos 81, y 84 de la Ley 21 de 1982, que contienen y regulan la existencia del Consejo Superior de Subsidio Familiar. Sin embargo aquel artículo del proyecto fue cambiado en el Decreto 2150 por el artículo 40 que no deroga las normas de aquella ley sobre el Consejo Superior, quedando vigentes dos Consejos con funciones paralelas: el Superior y el Asesor, éste último integrado monolíticamente por representantes del Gobierno, con lo cual se atenta contra los principios de participación de la comunidad para la vigilancia de la gestión pública, como está previsto en el artículo 270 de la Carta.

Además, dice, lo que se le sometió a la Comisión fue muy distinto de lo que se expidió como decreto.

Tercer cargo. Violación de los artículos transitorio 20 y 29 de la Carta Política. a través de los numerales 21 y 22 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992.

Se basa esta censura en que estas disposiciones fueron expedidas con contenido diferente de como fueron sometidas a consideración de la Comisión, y son además "contrarias al artículo 29 de la Constitución en cuanto establecen causales de sanción distintas a la ley preexistente". Para llegar a estas conclusiones, dice, basta confrontar el numeral 22 del artículo 7o. del proyecto y el Decreto.

Cuarto cargo. Violación de los artículos transitorio 20 y 29 de la Carta a través de los artículos 36 y 37 del Decreto 2150 de 1992.

Se aduce que no hay coherencia entre estos dos artículos y que no son claros ni completos. Allí, dice, se habla de un debido proceso aplicable a todas las actuaciones administrativas, pero tal proceso no es coherente ni entendible, y, por ende, inaplicable.

Finalmente, en el alegato de conclusión, cuestiona la representación de la Nación por la Superintendencia de Subsidio Familiar, aduciendo que ésta no ha sido demandada y que el poder con el que se obra es sólo para casos en que dicho evento sucede.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA EN EL EXPEDIENTE No. 2399

La Superintendencia de Subsidio Familiar, por medio de apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se resumen a continuación:

1. Sobre el **primer cargo** manifiesta que las recomendaciones de la comisión no son obligatorias, pues dada su naturaleza de simples conceptos pueden acogerse o nó.

Niega que el proyecto sometido a consideración de la Comisión sea esencialmente distinto del que se expidió, y, agrega que el numeral 21 del artículo 7o. lo que hace es señalar la cuantía de las multas para cuya imposición se faculta al Superintendente, tanto en el proyecto original como en el Decreto.

2. Respecto del **segundo cargo** dice que el Consejo Superior, cuya existencia había sido derogada en el proyecto, hace parte del Ministerio de Trabajo, por lo cual en el proceso de armonización de todos los decretos de modernización, al advertir la contradicción se modificó en lo pertinente. En consecuencia, esta modificación no implica que quedan vigentes dos organismos paralelos con funciones iguales, pues mientras aquel Consejo es órgano asesor del Ministerio de Trabajo, el que se crea por el Decreto lo es de la Superintendencia Familiar.

3. Sostiene la Superintendencia que en el **tercer cargo** la demandante repite el cargo anterior. Y que es sabido que las autoridades de policía, como lo es la Superintendencia, imparten instrucciones para el cumplimiento de la ley, luego el desconocimiento de aquéllas implica el desobedecimiento de éstas, cuyo cumplimiento se busca a través de la instrucción.

4. En relación con el **cuarto cargo** afirma que la alegada oscuridad e incoherencia de los artículos 36 y 37 del Decreto 2150 de 1992, no pasa de ser una apreciación personal de la accionante.

V. El CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL EXPEDIENTE No. 2399

Dice la Señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación que, conforme a reciente pronunciamiento de la Sección Primera del Consejo de Estado (fallo de 9 de septiembre de 1993, recaído en el proceso 2309 contra, el Decreto 2141 de 1992, por el cual se reestructura el ICA), hay que admitir que la función excepcional transitoria dada al Gobierno Nacional por el constituyente a través del artículo 20 es de naturaleza legislativa. Y que da la

reestructuración que contempla el Decreto 2150 de 1992, éste fue emitido dentro del marco de las competencias del Gobierno derivadas no sólo de la autorización otorgada por el citado artículo transitorio 20 de la Carta, sino también de las atribuciones permanentes del jefe del Estado señaladas en los ordinales 14, 15 y 16 del artículo 189 *ibídem*.

Frente a los cargos manifiesta que cabe admitir el argumento de la Superintendencia de Subsidio Familiar en el sentido de que los conceptos de los expertos no eran de obligatorio acatamiento para el Gobierno, como bien lo considera la Sección Primera del Consejo de Estado en el fallo atrás referido, pues de lo contrario el proceso de reestructuración, fusión o supresión no dependería del ejercicio de una función del Gobierno sino de la Comisión.

Este solo argumento es suficiente para resolver otros ataques similares de la demanda, señala finalmente la Procuradora Delegada.

VI. LA ACUMULACION

Mediante auto de 10 de agosto de 1993 (folios 174 a 176 del proceso 2268) la Sala ordenó la acumulación de los dos procesos que se deciden por medio de esta sentencia, solicitada por el apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuando el referido negocio se encontraba al Despacho del Consejero conductor del proceso para elaboración de la ponencia del fallo respectivo.

VII. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. Las pretensiones en el proceso No. 2268

En el **primer cargo** la acusación se refiere genéricamente a que mediante los artículos 1o. y 2o. -numerales 1 y 3-, 7o. -numerales 1, 3, 5, 6, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19 y 20- y 25o. del Decreto 2150 de 1992, por repetir los artículos 1o., 3o., 4o. y 6o. (de éste sus literales a, b, c, n, h, i, j, m) de la Ley 25 de 1981, y los artículos 79 y 82 del Decreto Reglamentario 341 de 1988, infringe el artículo transitorio 20 de la Carta porque se incumple con la finalidad de reasignar funciones contempladas en esta disposición constitucional.

Para la Sala, la circunstancia de que el Decreto 2150 de 1992 reproduzca algunas de las disposiciones relacionadas con la organización y funcionamiento de la Superintendencia de Subsidio Familiar que estaban vigentes en la normatividad anterior, no constituye por sí sola transgresión del artículo 20 transitorio de la Carta.

La redistribución, de competencias a que se refiere esta norma superior no entrada necesariamente que ello deba conducir a la eliminación total y absoluta de las regulaciones legales precedentes, como lo sugiere el actor. De lo que se trata en el caso *sub lite* es de reestructurar la Superintendencia de Subsidio Familiar; y bien se puede efectuar este reordenamiento reiterando o reproduciendo algunas disposiciones de la legislación precedente si con ello no se afecta la finalidad de poner dicho organismo en consonancia con la nueva Carta y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

De todas maneras, el actor no explica en modo alguno cómo se produce la presunta violación del artículo transitorio 20, pues no puntualiza ni concreta en la censura cómo es que no se cumple la finalidad de la señalada disposición constitucional en cuanto a la redistribución de competencias a que ella se refiere.

En consecuencia, el cargo resulta absolutamente ineficaz para deducir la nulidad de las disposiciones acusadas, porque, es preciso reiterarlo, el actor no especifica la transgresión constitucional en que hubiere podido incurrir alguna de ellas, y porque la denuncia de "repetición" de algunas normas vigentes no contraría por sí sola en parte alguna la Ley Fundamental.

En el **segundo cargo** se alega que el numeral 2o. del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992 es violatorio del artículo transitorio 20 de la Carta, en concordancia con el artículo 122 *ibídem*, por cuanto por él se da al Superintendente la función de reasignar, competencias entre las distintas dependencias, desconociendo que este funcionario no puede ejercer funciones legislativas ni el poder reglamentario, dando así también lugar a infringir el artículo 29 de la Constitución.

Cuando el artículo 122 de la Carta utiliza las expresiones "ley" o "reglamento", lo hace para abarcar el concepto de aquélla en sentido formal o material y de ésta entendida no como Decreto Reglamentario, acepción que pretende significar el actor, sino como reglamento de administración que generalmente se conoce como manual de funciones, cuya expedición de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 189 numeral 14 de la Constitución Nacional, compete al Presidente de la República, y, en el evento *sub lite*, al Superintendente de Subsidio Familiar, quien obra como delegatario de funciones

presidenciales, a tono con el artículo 211 *ibídem* y en consideración a que el Decreto acusado tiene la misma fuerza normativa que la ley.

Esta interpretación es exactamente la misma que la Sala expuso en auto de 5 de marzo de 1993 (fls. 31 a 45) al resolver en este mismo proceso la solicitud de suspensión provisional de la mencionada disposición legal, y constituye razón suficiente para desestimar el cargo en su primera parte.

Es, desde luego, pertinente añadir que según la definición del artículo 4o. del Decreto 1050 de 1968, las superintendencias son organismos que cumplen algunas funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que les asigna la ley.

No es clara, por otra parte, la razón por la cual el demandante cree que la atribución a la que se ha hecho referencia sería contraria al principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta. Sus conjeturas en punto, ciertamente, no logran establecer conexidad alguna entre la norma acusada y el precepto constitucional, cuya observancia está expresa y plenamente garantizada por el Decreto Reglamentario 341 de 1988 en sus artículos 77 y 101.

El segundo cargo, pues, no prospera.

En el **tercer cargo**, como atrás quedó reseñado, se aduce que con la facultad que al Superintendente del Subsidio Familiar se le otorga por el numeral 4 del artículo 7 del Decreto 2150 de 1992 para interpretar la ley con fuerza de autoridad, se incurre en inconsonancia frente a los artículos 6o., 150 -numerales 1 y 2- y 189 -numeral 11- de la Carta.

Esta acusación, igualmente genérica, se hizo en la demanda que dió lugar al proceso 2249. Actor: Carlos Manuel Angarita Salazar, en cuyo fallo de 13 de mayo de 1993, esta Sección concluyó desestimándola con fundamento en las consideraciones que ahora la Sala reitera por ser desde luego, absolutamente pertinentes.

La disposición demandada, sobre la función del Superintendente del Subsidio Familiar, dice:

> "4o.- Instruir a las entidades vigiladas sobre la forma como deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación".

Ciertamente, el cargo que el actor le endilga a esta disposición, no guarda relación con el contenido de la misma, pues dar instrucciones a las entidades vigiladas acerca de cómo deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar criterios y señalar procedimientos no conduce a interpretar la ley.

De otra parte, no puede perderse de vista que las Cajas de Compensación Familiar por cumplir funciones de seguridad social, servicio público de especial protección en la Carta Política, se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado, lo que supone, como mínimo, que éste a través de la entidad encargada de la inspección y vigilancia puede dar instrucciones, fijar criterios y señalar procedimientos, todo ello en cumplimiento de las cargas que la Constitución impone al Estado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En el **cuarto cargo** se demanda el numeral 7o. del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992, en cuanto atribuye al Superintendente del Subsidio Familiar la facultad de formular observaciones a los estados financieros, "las cuales serán de obligatoria consideración por parte de la entidad vigilada".

En realidad de verdad no hay razón para que el Superintendente no pueda revisar los estados financieros de las entidades sometidas a su vigilancia, ya que no se trata de desconocer la validez de los estados contables rubricados por contador público, sino que no existe nada más conducente que revele la situación económica de una entidad que sus estados financieros. De tal manera que es allí donde debe advertirse si el manejo de los dineros que se recaudan está siendo utilizado adecuadamente o nó, que es precisamente en lo que hizo más énfasis el constituyente en aras de garantizar un eficiente servicio público de seguridad social, como igualmente se consagró en el fallo precitado con ocasión de similar censura contra esta disposición, razón por la cual resulta desatinado afirmar que la mencionada atribución está por fuera de los parámetros a que se refieren los textos constitucionales citados.

El cargo, entonces, no prospera.

En el **quinto cargo** se acusa el numeral 8o. del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992, que es del siguiente tenor:

> "8o. Definir para cada entidad vigilada, atendiendo lo prescrito por la ley, planes de desarrollo, necesidades básicas insatisfechas, límite máximo del monto anual de las inversiones, gastos administrativos y la formación de las reservas, con el fin de procurar el máximo beneficio para la familia y

personas a cargo de los trabajadores con derecho a la prestación social del subsidio familiar".

Afirma el actor que por esta norma se quebranta la autonomía de las entidades vigiladas, lo cual para la Sala no es cierto, pues, como ya se expresó en providencia de 5 de marzo de 1993, en el expediente 2268, y en la sentencia proferida en el expediente 2249, atrás citada, la propia Constitución Política en el artículo 189 numeral, 24, dentro de las funciones del Presidente de la República, señala la de "ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público....", lo que significa que para proteger el manejo, aprovechamiento e inversión de los dineros recaudados con destino al pago del subsidio familiar, bien puede la entidad encargada por el Presidente de la República de la vigilancia y control, definir planes y programas de desarrollo y monto de inversiones, para evitar que se desvíen los fondos e impedir que a los beneficiarios del subsidio no se les satisfagan sus necesidades ni se les alivien las carga a económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo de la sociedad, que constituye el objetivo primordial de esta prestación social.

Igual sucede con el numeral 10o. del citado artículo 7o. en este cargo también acusado con idéntico argumento, el cual prescribe que corresponde al Superintendente del Subsidio Familiar

"Aprobar o improbar los planes y programas de inversión para obras o servicios sociales que deben prestar las entidades bajo su vigilancia, y sin cuya autorización aquéllos no podrán emprenderse" porque esta disposición también corresponde cabalmente a la facultad de inspección y vigilancia que constitucionalmente debe cumplir directa o indirectamente el Presidente de la República sobre la prestación de los servicios públicos (como son los que se prestan a través de las Cajas de Compensación Familiar, artículo 39 de la Ley 21 de 1992) según el artículo 189-22, en concordancia con el 365 de la Carta Política.

En el **sexto cargo** se acusa al numeral 11 del artículo 7o. de ser manifiestamente violatorio de los artículos 6o., 14, 16, 38 y 150 1 y 2- de la Carta, por facultar al Superintendente para

"Con el objeto de propender a la más eficiente administración y control, estatuír las normas y procedimientos que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros en las entidades sometidas

a su vigilancia y aprobar o improbar toda clase de negociaciones de bienes inmuebles de su propiedad".

Con motivo de la suspensión provisional que de esta norma se solicitara en capítulo especial de la demanda, la Sala la estimó procedente en cuanto a la frase subrayada (auto de 29 de abril de 1993, folios 60 a 65), aduciéndose, en esencia, que la atribución de estatuir normas y procedimientos sobre la materia de contratación está reservada a la ley, conforme a la previsión contenida en el inciso codificado después del numeral 23 (debió decirse 25) del art. 150 de la Carta.

Alega el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al respecto que la norma acusada nada tiene que ver con el estatuto general de contratación de la administración pública, pues las Cajas de Compensación Familiar son entidades privadas y sus contratos se regulan, por tanto, por el derecho privado.

No deja de asistirle razón a la demandada en este enfoque. Sin embargo, cabe anotar que las Cajas de Compensación Familiar, siendo, como en efecto lo son, personas jurídicas de derecho privado, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, se ciñen, por supuesta a las regulaciones del derecho privado (derecho civil y/o derecho comercial) en lo referente a contratación de obras, servicios y suministros.

Ahora bien estas regulaciones, estatutos o normatividad positiva no es otra que la que se encuentra en los respectivos Códigos Civil y comercial y normas que los modifican y complementan, cuya expedición corresponde privativa y exclusivamente al Congreso de la República conforme a lo dispuesto en el numeral 2. del artículo 150 de la Constitución Nacional, toda vez que ni siquiera el Presidente de la República tiene la posibilidad de hacerlo a través de facultades extraordinarias; teniendo en cuenta que éstas no se podrán conferir para expedir códigos ni leyes estatutarias, según la previsión contenida en el numeral 10 *ibídem*.

Entonces, en esta consideración, los fragmentos suspendidos "... estatuir las normas y procedimientos a que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros..... y ... " ameritan plenamente su nulidad por lo acabado de exponer, como así se decretará en la parte resolutiva de esta providencia.

Queda entonces a salvo el resto de la disposición, ya que respecto de la atribución del Superintendente de "aprobar o improbar toda clase de negociaciones de bienes inmuebles de su propiedad" no procede la nulidad solicitada dado que la potestad allí contenida no es más que el cabal ejercicio de

la facultad de inspección y vigilancia que a aquel funcionario corresponde, como quedó destacado en el precitado auto.

El cargo, pues, prospera parcialmente.

Séptimo cargo. El texto de las disposiciones aquí acusadas, por las cuales se le asignan funciones al Superintendente del Subsidio Familiar, son del siguiente tenor:

Artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992.

Numeral 21. "Imponer, por medio de resoluciones motivadas, sanciones pecuniarias hasta por cien (100) salarios mínimos legales mensuales a los representantes legales, los miembros de los consejos directivos, los revisores fiscales y los funcionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, por infracción a las leyes y estatutos o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia"

Numeral 22. "Intervenir administrativamente, en forma total o parcial, las entidades sometidas a su vigilancia, por infracción a las leyes y estatutos, o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia";

Numeral 23. "Adoptar las siguientes medidas cautelares:

a. Intervención administrativa total de la entidad vigilada.

b. Intervención administrativa parcial, por servicios o por áreas geográficas o de operación;

c. Imposición de multas sucesivas hasta por cien (100) salarios mínimos legales mensuales hasta que cese la actuación legal o no autorizada;

d. Vigilancia especial con el fin de superar, en el menor tiempo posible, con la situación que ha dado origen a la medida".

Artículo 37o. Informe Evaluativo. El informe evaluativo que se presente al Superintendente del Subsidio Familiar deberá contener:

1. Descripción sucinta de los hechos materia de investigación.

2. Análisis de los cargos, de los descargos y de las pruebas en que se funde o desvirtúe la responsabilidad de los investigados.

Como se observa en estos textos, al mencionado funcionario se le faculta para imponer multas a las entidades vigiladas en caso de violación de las disposiciones que las regulan, así como para intervenirlas administrativamente, imponerles otras sanciones y elaborar informes evaluativos en el curso de las investigaciones que adelante, con lo cual, según el actor, se infringe el artículo 29 de la Carta y consecuencialmente el 6o. *ibídem*, aparte de que tampoco se cumple, dice, con el objetivo previsto en el artículo transitorio 20.

Todas estas atribuciones son, ciertamente, como atinadamente lo concibe la demandada, propias del resorte de los entes de intervención estatal, indispensables para que las funciones de inspección y vigilancia tengan respaldo coercitivo, pues de no existir ellas, no habría manera de obligar al cumplimiento de la normatividad que rige para las entidades vigiladas por la Superintendencia, esto es, la Caja de Compensación Familiar, es decir, se haría ilusoria en sus efectos la existencia de dicha entidad.

Sobre este particular dijo la sala en la providencia varias veces citada (expediente 2249), que:

> "De tal suerte que teniéndose la facultad para imponer sanciones, entre ellas las pecuniarias, que es uno de los aspectos que caracterizan la facultad de inspección y vigilancia, pues no puede concebirse un ente de control sin facultades para sancionar, el elevar el monto de las mismas que muy seguramente hará que las entidades vigiladas y sus funcionarios sean cautelosos en el manejo e inversión de los dineros que recaudan, no constituye per se quebranto de las normas aludidas,.....De otra parte,la facultad de inspección y vigilancia lleva aparejada la facultad de hacer observaciones cuando se adviertan irregularidades,las cuales en un momento dado constituyen una medida preventiva que puede evitar sanciones más drásticas como la suspensión o la cancelación de la personaría jurídica o la intervención administrativa, y por lo mismo es lógico que el carácter de dichas observaciones sea obligatorio, pues de no ser así no se justificaría la existencia de un ente que ha sido creado para velar porque las entidades encargadas del subsidio familiar cumplan la ley y los estatutos, pero que ante las irregularidades observadas sólo pueda limitarse a aconsejar o sugerir, mas no a tomar los correctivos del caso".

En dicha virtud, tampoco se puede afirmar válidamente que con las atribuciones señaladas se incumpla con el objetivo previsto en el artículo transitorio 20 de la Carta de reestructurar, en este caso,a la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Este cargo, entonces, tampoco prospera.

SECCION PRIMERA

LAS PRETENSIONES EN EL PROCESO 2399

En primer lugar hay que señalar en relación con la indebida representación de la Nación que esgrime la actora en su alegato de conclusión, que no es éste el momento procesal para hacer la mencionada glosa. La oportunidad legal para ello era dentro de la ejecutoria del auto admisorio de la demanda donde se ordenó notificar dicho proveído al Superintendente de Subsidio Familiar, por ser ésta la entidad que se reestructuraba mediante el Decreto demandado.

No habiendo ocurrido así, la oportunidad precluyó desde cuando quedó en firme aquella providencia, razón por la cual se desechará la aludida objeción.

En cuanto a los cargos, la Sala los examina así:

Primer Cargo. La acusación inicial en esta censura se refiere a que hubo violación del artículo transitorio 20 de la Carta por "... trámite deficiente ... " en la expedición del Decreto 2150 de 1992, ya que en el Acta 10 de la Comisión de Expertos no hay concepto alguno sobre la reestructuración de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Si bien la mencionada Acta no registra concepto alguno de la comisión de expertos sobre la viabilidad o nó de la reestructuración de la citada Superintendencia, sí contiene inquietudes de algunos de sus miembros qué fueron contestadas por los asistentes a la reunión de que da fe aquella acta, que lleva fecha 9 de diciembre de 1992.

De otra parte, obra a folio 21 del expediente un concepto suscrito por miembros de la comisión de expertos el 18 de diciembre siguiente, aduciendo que es inconstitucional al otorgarle personaría jurídica a la Superintendencia de Subsidio Familiar por ser una entidad que por su naturaleza es sólo de supervisión o vigilancia, recomendación, que fue acogida.

Además, la existencia de este concepto consignado en memorando de la citada fecha, no la desconoce la actora.

Resulta también de suma importancia reiterar en este examen, lo que esta misma Sección consignó en la citada sentencia de 9 de septiembre del presente año, recaída en el proceso 2309, donde fue demandante Juan Manuel Arrieta y otro, contra el Decreto 2141 de 1992, por el cual se reestructuró el Instituto Colombiano Agropecuario, 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, asesorarían al Gobierno en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar.".

Tampoco resulta acertado el que se hubiera expedido un texto diferente al proyecto presentado a la comisión alegándose al efecto que en éste no le establecía cuantía de las multas hasta cien salarios mínimos mensuales, cuando la verdad que revela el proyecto visible a folios 34 a 45 es que en su artículo 23 se prevé su imposición sucesiva por la señalada cuantía, como medida cautelar "hasta que cese la actuación ilegal o no autorizada".

Resulta igualmente, oportuno reiterar lo que esta misma Sección, en sentencia de 13 de mayo de 1993, dictada en el expediente 2249, actor: Carlos Manuel Angarita, donde se demandó la nulidad de varias disposiciones del mismo decreto que ahora también se acusa, consignó con relación a las medidas cautelares que el Superintendente puede adoptar para los entes vigilados: ".... los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de la facultad conferida en el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por cuanto la materia que regulan está atribuída ordinariamente al Congreso; sólo que el Gobierno Nacional hizo las veces de legislador transitorio ante la revocatoria del mandato de aquél".

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. En el proyecto de decreto sobre reestructuración de la Superintendencia de Subsidio Familiar se consignó en el artículo 22 que quedaban derogados los artículos 81, 83 y 84 de la Ley 21 de 1982. Por estas disposiciones se crea y se señalan la integración o composición del Consejo Superior del Subsidio Familiar, como entidad asesora del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; se faculta al respectivo Ministro para invitar a las sesiones de dicho Consejo a personas diferentes de sus miembros con el fin de escucharlas sobre temas específicos, y se fijan sus funciones; Consejo cuya existencia quedó vigente al no contemplarse finalmente en el Decreto demandado su derogatoria.

En éste último se contempla en la estructura de la citada Superintendencia el Consejo Asesor (art. 4o.); en el artículo 5o. se establece su integración, y, en el 6o., se señalan sus funciones.

Del texto de las disposiciones señaladas se desprende con toda claridad que no es cierto, como lo sostiene la actora, además contradictoriamente, que hayan quedado vigentes dos organismos paralelos con funciones iguales, porque mientras el Consejo Superior es órgano de asesoría y coordinación del Ministerio

de Trabajo, como, en efecto, así quedó consagrado en la estructura de éste plasmada en el Decreto 2145 de 1992 que lo reestructuró (art. 4o.), el Consejo Asesor, como su nombre lo indica, lo es de la Superintendencia de Subsidio Familiar, con una conformación y funciones distintas a las de aquel organismo.

No cabe duda, entonces, que lo que se hizo fue armonizar los dos decretos, para no terminar derogando en uno lo que en otro se había consagrado.

También se argumenta en este cargo que con la conformación del Consejo Asesor por sólo integrantes del Gobierno, se quebranta el artículo 270 de la Carta que contempla la participación de la comunidad para la vigilancia de la gestión pública.

Si bien dicha integración es enteramente gubernamental, también lo es,que para el Consejo Superior del Subsidio Familiar se tiene prevista su composición con 4 representantes de los trabajadores, 2 de los empleadores y 2 de las Cajas de Compensación Familiar, todos con igual número de suplentes, y que la primera función de dicho Consejo es la de asesorar al Gobierno Nacional en el estudio, formulación, coordinación, ejecución y evaluación de la política que adopte el Estado sobre seguridad social (artículo 49 del Decreto 2145 de 1992, concordante con los artículos 81.y 84 de la Ley 21 de 1982), al paso que la primera función del Consejo Asesor es la de la formulación de la política general de la entidad teniendo como referencia o marco las directrices definidas por el Gobierno Nacional y las entidades descentralizadas, con lo cual queda garantizada la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública, conforme al mandato del artículo 270 de la Constitución que defiere expresamente a la ley el establecimiento de las formas y los sistemas de dicha participación, lo que significa que la ley puede posteriormente consagrar nuevos y distintos mecanismos de vigilancia en desarrollo del mencionado precepto constitucional.

En cuanto a que lo que se sometió a consideración de la comisión fue diferente de lo que se expidió como decreto, no existe prueba de ello en el expediente.

Así que las presuntas violaciones de los citados artículos de la Carta Política, devienen absolutamente insostenibles.

Tercer cargo. La circunstancia de que la numeración del proyecto de decreto sobre reestructuración de la Superintendencia de Subsidio Familiar no concuerde con la numeración del decreto que finalmente se expidió, no significa ni prueba necesariamente que el último sea esencialmente distinto del que se sometió a consideración de la comisión.

Bien pudo suceder que durante el estudio del proyecto se concluyó que la disposición correspondiente al numeral 22 del artículo 7c). se suprimió por alguna razón, por lo cual la que correspondió a dicho numeral 22 del artículo 7o. del decreto expedido y ahora aquí demandado, fue de un contenido diferente.

Esta última disposición, así como el numeral 21 que la precede y que también la actora considera como violatoria de los citados artículos de la Constitución, consagran funciones de carácter sancionatorio que el Superintendente puede imponer por infracción a las leyes y estatutos, o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia, entre ellas, las pecuniarias, que ya se encontraban previstas en el literal k) del artículo 6o. de la Ley 25 de 1981 que creó este organismo, aunque hay que relevar que no era necesario que así fuera, pues por el Decreto 2150 que se expidió, dada su jerarquía de ley, como al atrás quedó anotado, podía estatuir normas nuevas de la naturaleza aludida, es decir, sancionatorias, máxime si se tiene en cuenta que el ejercicio de la facultad para imponerlas es uno de los aspectos que caracterizan la potestad de inspección y vigilancia, pues no puede concebirse un ente de control, como lo es la Superintendencia, sin facultades para sancionar como ya se admitió al examinar el séptimo cargo del proceso 2268, lo que no constituye jamás quebranto de las aludidas normas constitucionales, aparte de que la tendencia del legislador colombiano en materia de imposición de sanciones ha sido la de dar un margen de discrecionalidad en su graduación, de acuerdo con la gravedad de la falta y los antecedentes del infractor, también quedó consignado en la sentencia dictada en el expediente, 2249 de 13 de mayo de 1993, proferida por esta Sección, atrás citada.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cuarto cargo. Se refiere a que debido a la oscuridad e incoherencia de los artículos 36 y 37 del Decreto 2150 de 1992, se infringen los artículos transitorio 20 y 29 de la Constitución.

La oscuridad de una norma no amerita per se su nulidad; lo que se impone es su interpretación en orden a su correcta aplicación.

No puede olvidarse que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, y que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto (art. 30 del c.c.).

Lo anterior es suficiente para deducir la improsperidad del cargo.

SECCION PRIMERA

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. DECLARASE LA NULIDAD del numeral 11 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, pero sólo en cuanto a la frase: **"...estatuír las normas y procedimientos a que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros ..... y ...".**

2o. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

3o. Devuélvase a la actora la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO /CONTROL JURISDICCIONAL / PRESUNCION DE CONTRABANDO / DECOMISO

Contra las decisiones que ponen fin a una actuación administrativa el interesado tiene dos opciones: acudir a la vía jurisdiccional si en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dan los presupuestos para su ejercicio, o solicitar la revocatoria directa. Si se acoge esta última, en principio, el acto que la resuelve no tiene control jurisdiccional, ya que sería un mecanismo para desconocer una decisión inicial ejecutoriada contra la que no se agotó la vía gubernativa y frente a la cual muy seguramente ya había operado el fenómeno de la caducidad. Sin embargo, bien puede acontecer, en casos excepcionales, que el acto que resuelva la solicitud de revocatoria directa modifique total o parcialmente el acto inicial y tal decisión se adopte en contravención a la ley. Ante estos eventos se está en presencia de un nuevo pronunciamiento, no contemplado en el acto revocado, y sería inconcebible sostener que derechos reconocidos a través de un recurso extraordinario de revocatoria directa escaparan del control contencioso administrativo. En el *sub-lite* se está manteniendo la presunción de contrabando inicial, y las consideraciones o motivaciones que se tuvieron en cuenta para confirmar el acto cuya revocación se solicita no afectan a éste,dado que no involucran vehículos diferentes a los que fueron objeto de la orden de decomiso como para que pueda afirmarse que se está en presencia de un nuevo pronunciamiento por lo mismo susceptible de control jurisdiccional.

SECCION PRIMERA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2640. Recurso de apelación contra el auto de 29 de julio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: MIGUEL ALVARO RODRIGUEZ REBOLLEDO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el proveído de la referencia, por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda por él incoada en ejercicio de la acción que consagra el artículo 85 del C.,C.A., contra la Resolución No. 0316 de 12 de febrero de 1993, expedida por el Jefe de la División de Análisis, Supervisión y Control de la Subdirección Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Aduanas Nacionales.

I-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Para inadmitir el libelo demandatorio, por falta de jurisdicción, consideró el *a-quo* lo siguiente:

1-. La Dirección General de Aduanas al resolver el grado de consulta expidió la Resolución No. 0348 de 24 de Febrero de 1992 modificando la decisión tomada mediante la Resolución No. 2953 de 1991.

2-. Contra la Resolución No. 0348 no se interpusieron los recursos legales sino que el actor acudió a la revocatoria directa de dicho acto administrativo.

3-. La solicitud de revocatoria directa fue resuelta negativamente por la Dirección General de Aduanas mediante la Resolución 0316 de 12 de febrero de 1993, visible a folios 38 a 42.

4-. Esta última Resolución fue demandada en este proceso, y como no es un acto que ponga fin a una actuación administrativa, no es demandable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Finca el recurrente su inconformidad con base en los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1-. No cabe duda que cuando el acto por el cual se decide una petición de revocatoria directa contiene puntos nuevos o apoya esa decisión negativa en circunstancias de hecho y de derecho también nuevas por no haber sido valoradas ni justipreciadas en el acto anterior, le abre a la persona interesada y perjudicada con la decisión que allí se ha tomado, la posibilidad de demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo su nulidad y por consiguiente restablecimiento del derecho, no al amparo de los fundamentos que sirvieron de apoyo para la decisión tomada en el primer acto sino a los que sirvieron, con otro criterio, para mantener esa misma decisión. Así lo han entendido los doctores Carlos Betancur Jaramillo (Derecho Procesal Administrativo Tercera Edición, página 135); Miguel González Rodríguez (Derecho Procesal Administrativo Parte General, página 72) y Clara Forero de Castro (sentencia de 23 de octubre de 1973 confirmada por el Consejo de Estado).

2-. En el caso presente es cierto que se demanda la nulidad de un acto por el cual se decidió una petición de revocatoria directa, pero no es menos cierto que las razones por las cuales se demanda esa nulidad son el hecho de que el acto de revocatoria contiene puntos nuevos (el numeral 13 de la Resolución acusada).

3-. Por lo anterior el acto es susceptible de ser demandado por la vía contenciosa, como en efecto se está haciendo.

III-. LA DECISION

Para resolver **se considera**:

Contra las decisiones que ponen fin a una actuación administrativa el interesado tiene dos opciones: acudir a la vía jurisdiccional si en tratándose de la acción de nulidad y, restablecimiento,del derecho se dan los presupuestos para su ejercicio (artículo 85 en concordancia con el 135 del C.C.A.), o solicitar la revocatoria directa.

Si se acoge esta última, en principio, el acto que la resuelve no tiene control jurisdiccional, ya que sería un mecanismo para desconocer una decisión inicial ejecutoriada contra la que no se agotó la vía gubernativa y frente a la cual muy seguramente ya había operado el fenómeno de la caducidad. Por esta razón el artículo 72 *ibídem* previene que:

> "Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo".

Sin embargo, bien puede acontecer, en casos excepcionales, que el acto que resuelva la solicitud de revocatoria directa modifique total o parcialmente el acto inicial y tal decisión se adopte en contravención a la ley, como cuando,por ejemplo, quien solicita la revocatoria directa es un tercero y al titular del derecho revocado no se le cita a la actuación administrativa que surge en el trámite de la revocatoria; o cuando el interesado hace la petición y no se tiene en cuenta a un tercero que podría resultar afectado; o cuando la modificación parcial o total que operó en el acto que resolvió la revocatoria reconoce el derecho que reclama el titular pero sin ajustarse a la ley en tal reconocimiento.

Ante estos eventos se está en presencia de un nuevo pronunciamiento, no contemplado en el acto revocado, y sería inconcebible sostener que derechos reconocidos a través de un recurso extraordinario de revocatoria directa escaparan del control contencioso administrativo.

En el caso *sub examine* se advierte lo siguiente:

a): La Resolución No. 2953 de 8 de octubre de 1991 le reconoce un derecho al demandante, ordenando la entrega de 74 vehículos que habían sido aprehendidos por presunción de contrabando.

b): Al surtirse el grado de consulta la Administración de Aduanas, a través de la Resolución No. 348 de 24 de febrero de 1992, modificó parcialmente la Resolución anterior ordenando el decomiso de 9 vehículos de los 74 que aquella había ordenado entregar.

c): Contra esta última Resolución el actor solicitó revocatoria directa y mediante Resolución No. 0316 de 12 de febrero de 1993 se modificó parcialmente la Resolución anterior ordenando la entrega de 6 vehículos de los 9 objeto del decomiso, confirmándola en cuanto a los tres vehículos restantes respecto de los cuales no coincidió el no. de identificación relacionado en la solicitud de revocatoria con los que aparecen en el acta de aprehensión (folio 37 cuaderno No. 1).

d): Según el actor el hecho de que la entidad aduanera hubiese expresado, para efectos de la confirmación de la orden de decomiso, que no son de recibo los argumentos de los interesados porque se entiende que estos se encontraban conformes con los datos consignados en el acta de aprehensión y estos aspectos de índole probatorio han debido ser objeto de estudio detallado y completo en las instancias procesales, constituye un punto nuevo que permite demandar el acto.

Para la Sala no le asiste razón al recurrente. En efecto, lo que originó el decomiso de los vehículos en la Resolución 348 de 24 de febrero de 1992 fue la presunción de contrabando.

Al revocarse parcialmente dicha Resolución se tuvieron en cuenta las declaraciones de despacho de 6 vehículos que desvirtuaron tal presunción, lo cual dio lugar a ordenar la entrega de los mismos. Subsiste para la Administración de Aduanas en el acto que resuelve la revocatoria directa dicha presunción respecto de tres vehículos por cuanto no coinciden los números de identificación (chasís y motor) que aparecen en el acta de aprehensión, con los que se solicita sean entregados.

Lo anterior significa que no se está aduciendo nada nuevo. Se está manteniendo la presunción de contrabando inicial, y las consideraciones o motivaciones que se tuvieron en cuenta para confirmar el acto cuya revocación se solicita no afectan a este, dado que no involucran vehículos diferentes a los que fueron objeto de la orden de decomiso como para que pueda afirmarse que se está en presencia de un nuevo pronunciamiento por lo mismo susceptible de control jurisdiccional.

Por estas razones habrá de confirmarse el proveído recurrido.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 29 de julio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ORDENANZA DEPARTAMENTAL - Facultades / CONCEJO MUNICIPAL - Facultades / USO DEL SUELO / RELLENO SANITARIO

En el presente caso no basta esa simple confrontación de textos para inferir la ostensible infracción, sino que, como la afirman los recurrentes, se hace necesario precisar el contenido de otras disposiciones constitucionales y legales, entre ellas, las que regulan la competencia de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a través de un análisis coordinado, que permita dilucidar, entre otros aspectos, si dentro de las atribuciones que la Carta Política le otorgó a las Asambleas Departamentales relacionadas con la planeación, el ambiente, la salud, etc., quedarían enmarcadas o no las prohibiciones de construír y/o usar rellenos sanitarios en áreas de reserva forestal y cercanas a asentamientos poblacionales, a que se contraen los artículos 1o. y 2o. de la Ordenanza acusada; y sí la función de reglamentar los usos del suelo que le ha sido atribuida a los Concejos Municipales incluye o nó la materia regulada en los actos enjuiciados, todo lo cual no es deducible sino a través de un estudio de fondo propio de efectuar en la etapa que ponga fin a la controversia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2718. Recursos de apelación contra el auto de 16 de junio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta. Actor: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO.

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los impugnantes VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO y FABIO BONILLA FERNANDEZ y por el apoderado 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 los artículos 1o., 2o. y 5o. de la Ordenanza No. 021 de 1992 "por medio de la cual se reglamenta la utilización de terrenos para la construcción de rellenos sanitarios y se dictan otras disposiciones".

I-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Para decretar la medida precautelativa consideró el *a-quo*, en síntesis, lo siguiente:

1-. Al Concejo Municipal le compete reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos; reglamentar los usos del suelo dentro de su jurisdicción, y además, está dentro de sus atribuciones controlar, preservar y defender el patrimonio ecológico en su territorio. Estos son presupuestos constitucionales señalados en el artículo 313 del ordenamiento político, citado como transgredido por el actor.

2-. El artículo 37 del Decreto 2811 de 1974 le atribuyó expresamente a los municipios la obligación de organizar el servicio público de recolección, transporte y disposición final de las basuras, y es el Ministerio de Salud o la entidad que éste delegue (artículo 25 Ley 9a. de 1979), quien está autorizado para determinar los sitios geográficos de ubicación y colocación de las mismas.

3-. Al leer estas disposiciones jurídicas concatenándolas, sin que sea necesario un profundo esfuerzo mental, con los artículos 1o. y 2o, de la Ordenanza acusada, se concluye que la Asamblea Departamental se está arrogando facultades propias de otros organismos de la Administración.

4-. También el artículo 5o. de la Ordenanza contraría el artículo 10o. de la Ley 49 de 1987, que estatuye que el régimen disciplinario de los empleados municipales es el contenido en la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985, precepto repetido en el artículo 63 de la Ley 4a. de 1990, para hacerlo aplicable a los empleados departamentales, pues la Ordenanza no es el medio jurídico para fijar causales de mala conducta de estos funcionarios.

SECCION PRIMERA

II-. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION.

II.1-. RECURSO DEL IMPUGNANTE VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO.

Los motivos de inconformidad que plantea este recurrente pueden resumirse así:

1-. Las basuras son criaderos de moscas y de infección contaminantes del ambiente y de los alimentos y producen microbios.

2-. De los artículos 2o., 11, 42, 44, 49, 79 y 80 de la Constitución Política se infiere que la salud, la salubridad y el medio ambiente, son servicios públicos a cargo del Estado, a través de la Nación y sus entidades territoriales, en la forma y medida de su competencia.

3-. La Constitución Nacional dispone igualmente que las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el Gobierno Nacional, planes de desarrollo para el eficiente uso de sus recursos y el adecuado desempeño de las funciones, asignadas por la constitución y la ley (artículo 339), y que los organismos departamentales de planeación harán la evaluación de gestión y resultados sobre los planes y programas de desarrollo (artículo 334).

3-. Según el artículo 300 *ibídem* las Asambleas Departamentales, por medio de Ordenanzas, deben expedir las disposiciones relacionadas con **la planeación**, el desarrollo económico y social y, **el ambiente** (numeral 2o.); adoptar, de acuerdo con la ley, los planes con la determinación de las medidas que se consideren necesarias para impulsar su ejecución (numeral 3o.); dictar normas de policía (numeral 4o.) y regular, en concurrencia con el municipio, la salud (numeral 10).

4-. El artículo 30 del Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Renovables y de Protección del Medio Ambiente), dispone que para la adecuada protección del ambiente y de los recursos naturales, el Gobierno Nacional establecerá políticas y normas sobre Zonificación. Los Departamentos y Municipios tendrán sus propias normas de Bonificación sujetas a las de orden nacional.

Igualmente, corresponde a las Asambleas en relación con el orden público, prevenir y eliminar las perturbaciones de la seguridad, tranquilidad y salubridad públicas (artículo 2o., 3o., 7o. y 8o. Código Nacional de Policía).

5-. Para efectos de la suspensión provisional las normas superiores de derecho no pueden tomarse aisladamente unas de otras o del conjunto que integra el ordenamiento jurídico del país, normas que, en tratándose de las atribuciones de las autoridades públicas, no se encuentran en una, dos o tres disposiciones, dado lo complejo del ordenamiento.

Las normas enunciadas y que atribuyen funciones a las Asambleas en materia de salud, medio ambiente, etc., tienen relación con los artículos 1o. y 2o. de la Ordenanza puesto que se refieren a la protección del medio ambiente y la salubridad, susceptibles de afectarse por la construcción de rellenos sanitarios en zona forestal, de reserva nacional, de nacimiento de aguas y cerca de asentamientos poblacionales.

No pudo darse validamente un estudio "*prima facie*", ni encontrarse jurídicamente una violación y necesariamente el asunto debe ventilarse y decidirse mediante una sentencia, pero no antes porque los Municipios y el Ministerio de Salud no son las exclusivas autoridades administrativas a quienes compete regular estas materias.

II.2-. RECURSO DEL IMPUGNANTE FABIO BONILLA FERNANDEZ.

Fundamenta así la discrepancia con el proveído recurrido:

1-. La suspensión provisional no se ajusta a los requisitos exigidos por el artículo 152 del C.C.A., por cuanto se precisa analizar también el artículo 300 de la Constitución Política.

2-. Así mismo se requiere analizar si dentro del concepto de la reglamentación del uso del suelo que se atribuye al Municipio, se incluye también el subsuelo, que es donde ha de construirse el relleno sanitario; y si el hecho de que sea el Ministerio de Salud o la entidad que éste delegue quien autorice la disposición final de las basuras, implica para la Asamblea estar vedada de tomar las determinaciones como las cuestionadas, no obstante las facultades que tiene para regular el ambiente y la salud.

II.3-. RECURSO DE APELACION DEL APODERADO DEL DEPARTAMENTO DEL META.

Considera este recurrente que debe revocarse el proveído apelado porque analizado el acto ordenanzal no se aprecia que éste vulnere la Constitución y la Ley, ya que la Asamblea Departamental siguió lo prescrito en la Constitución Política (artículo 300 numeral 2o.) que le dá competencia para expedir

disposiciones relacionadas con el cuidado, preservación y mejoramiento del medio ambiente, lo mismo que sobre obras públicas, siendo la construcción del relleno sanitario una obra pública que llegaría a afectar el medio ambiente,

III-. LA DECISION.

Para resolver **se considera:**

El artículo 152 del C.C.A., exige, para efectos de la procedencia de la medida de suspensión provisional, la simple confrontación entre el acto que se acusa con las disposiciones que se citan como infríngidas, sin que para ello se requiera efectuar un análisis profundo, pues de ser así se desnaturalizaría la finalidad y alcance de tal medida.

En el presente caso no basta esa simple confrontación de textos para inferir la ostensible infracción, sino que, como lo afirman los recurrentes, se hace necesario precisar el contenido de otras disposiciones constitucionales y legales, entre ellas, las que regulan la competencia de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a través de un análisis coordinado, que permita dilucidar, entre otros aspectos, si dentro de las atribuciones que la Carta Política le otorgó a las Asambleas Departamentales relacionadas con la planeación, el ambiente, la salud, etc., quedarían enmarcadas o nó las prohibiciones de construir y/o usar rellenos sanitarios en áreas de reserva forestal y cercanas a asentamientos poblacionales, a que se contraen los artículos 1o. y 2o. de la Ordenanza acusada; y si la función de reglamentar los usos del suelo que le ha sido atribuido a los Concejos Municipales incluye o nó la materia regulada en los actos enjuiciados, todo lo cual no es deducible sino a través de un estudio de fondo propio de efectuar en la etapa que ponga fin a la controversia.

Por estas razones habrá de revocarse el auto apelado para disponer en su lugar la denegatoria de la suspensión provisional impetrada, en cuanto a los artículos 1o. y 2o. de la Ordenanza 021 de 1992 se refiere.

Como quiera que los recursos de apelación interpuestos no muestran inconformidad alguna con el decreto de suspensión provisional del artículo 5o. *ibídem*, habrá de confirmarse la medida en cuanto atañe a esta disposición.

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

RESUELVE :

1o): REVOCASE el proveído de 16 de junio de 1993, y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o, y 2o. de la Ordenanza No. 021 de 1992.

2o): CONFIRMASE el citado proveído en cuanto al artículo 5o. de la Ordenanza 021 de 1992 se refiere.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

TELEFONIA MOVIL CELULAR / SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES / MINISTERIO DE COMUNICACIONES - Facultades.

***Prima facie* no se vislumbra la transgresión del artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 por parte de los artículos 3o. y 4o. del Decreto 2061 de 1993, a que alude el actor. En efecto, no basta una simple confrontación de los textos en supuesto conflicto,sino que se hace necesario precisar el contenido y alcance del artículo 6o. de la citada Ley, que permita inferir si cuando dicha disposición prevé que corresponde al Ministerio de Comunicaciones asignar las frecuencias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de los cuales se prestará dicho servicio, debe entenderse comprendida o nó la función de señalar el plan mínimo de expansión al cual deben sujetarse los planes de expansión que incluyan los oferentes en sus propuestas.**

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2721. Acción: Nulidad. Actor: ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO.

El ciudadano y abogado ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad, previa

suspensión provisional, de los artículos 3o. y 4o. del Decreto 2061 de 14 de octubre de 1993 "por el cual se modifica el Decreto 741 de 1993 y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.

Como la demanda reúne los requisitos legales la Sala habrá de admitirla en la parte resolutiva de esta providencia.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL.

Fundamenta así el actor la solicitud de la medida precautelativa:

1o): Al paso de que el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 contempló la existencia de unos planes de expansión del servicio de telefonía móvil celular que deberían realizarse por los proponentes o aspirantes a obtener la concesión de ese servicio, el artículo 3o. del Decreto 2061 de 1993, dispone que el Ministerio de Comunicaciones elaborará y formulará tales planes cuya realización o ejecución por el concesionario depende única y exclusivamente de la voluntad del Gobierno Nacional.

2o): Mientras el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 dispuso claramente que el plan de expansión, incluyendo el que se haga en condiciones especiales para los municipios con mayores índices de necesidades insatisfechas es "factor esencial de valoración para la adjudicación", los artículos 3o. y 4o. acusados hacen caso omiso de ese factor esencial al señalar simplemente que el plan de expansión debe hacer parte de la propuesta económica para la ejecución de este último por parte del Gobierno.

Es así como para la adjudicación de la licitación resulta totalmente irrelevante que el plan de expansión que presente un proponente resulte ser mejor o más conveniente, lo que implica que aquél no será ya factor esencial.

3o): El artículo 4o. del Decreto 2061 de 1993 viola también en forma directa y manifiesta el artículo 59 del Decreto Ley 1900 de 1990 que atribuye concreta y específicamente al Ministerio de Comunicaciones la función de fijar el monto que se debe pagar por cualquier concesión, y lo viola porque traslada a los proponentes o licitantes de los servicios de telecomunicación en la modalidad de telefonía móvil celular, una competencia o función que la mencionada disposición en armonía con lo ordenado en el artículo 7o. de la Ley 72 de 1989 y el numeral 22 del artículo 3o. del Decreto Ley 1901 de 1990, asignan claramente al Ministerio de Comunicaciones, violándose no solo estas normas sino el artículo 6o. de la Constitución Política.

4o): Como cada una de las violaciones anotadas implica exceso en los límites y objetivos del poder reglamentario, las normas acusadas son violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

Para resolver **SE CONSIDERA:**

Disponen los artículos acusados:

"Artículo 3o. El artículo 35 del Decreto 741 de 1993 quedará así:

"Formulación de los Planes de Expansión.

"El Ministerio de Comunicaciones elaborará un plan mínimo de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular, para el área o áreas de servicio que el proponente aspire a obtener en concesión. Dicho plan, de expansión deberá establecer las etapas en que se cubrirán los municipios correspondientes; además, formulará como parte integrante de este plan, un plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, a fin de que los proponentes presenten su propuesta económica para la ejecución de este último por parte del Gobierno a través de contratistas, o del concesionario cuando así lo determine la Nación.

"Con base en dichos planes los oferentes incluirán en sus propuestas los planes de expansión a que se refiere el artículo 4o. literal a) inciso segundo de la Ley 37 de 1993".

"Artículo 4o. El artículo 37 del Decreto 741 de 1993 quedará así:

"Criterios Esenciales de Adjudicación de la Licitación.

"La adjudicación del contrato para la concesión del servicio de telefonía móvil celular se hará al licitante cuya propuesta se estime más favorable, previos los estudios del caso.

"En la evaluación de las prepuestas se tendrán en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y la ponderación de estos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones. Para la evaluación de los proponentes se tendrá en cuenta la calificación que se les haya otorgado en el Registro de Proponentes, en los términos que establezca la resolución que regula el registro y el pliego de condiciones sin que en ningún caso supere el cinco por ciento (5%) del total de la valoración.

"En todo caso para la adjudicación de la licitación se verificará, en primer lugar, que la propuesta cumpla los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones, que ofrezca ejecutar de manera plena el plan mínimo de expansión del servicio de telefonía móvil celular y financiar y ejecutar, si la Nación así lo determina, el plan de expansión del servicio a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto.

"Cumplidos los requisitos esenciales mencionados y el puntaje exigido en el pliego, para la adjudicación se preferirán las propuestas que presenten la mejor oferta económica.

"En el pliego de condiciones para la concesión del servicio de la telefonía móvil celular, se establecerán las condiciones que permitan asegurar el equilibrio económico en cuanto a los derechos de concesión entre oferentes de la red A y la red B para una misma área".

Estatuye el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 que se invoca como infringido:

"De conformidad con la Constitución y la ley el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a. El servicio se prestará en todo el territorio nacional, tanto en zonas urbanas como rurales, aún en las de difícil acceso de conformidad con los planes de expansión del servicio y de las redes.

Toda propuesta para que se asignen frecuencias para la operación de la telefonía celular, incluirá un plan de expansión de este servicio, en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas dentro de la respectiva área de la concesión; dichos planes deberán realizarse en un término no mayor a 5 años y serán factor esencial de valoración para la adjudicación respectiva..."

Para la Sala *prima facie* no se vislumbra la transgresión del artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 por parte de los artículos 3o. y 4o. del Decreto 2061 de 1993, a que alude el actor. En efecto, no basta una simple confrontación de los textos en supuesto conflicto sino que se hace necesario precisar el contenido y alcance del articulo 6o. de la citada Ley, que permita inferir si cuando dicha disposición prevé que corresponde al Ministerio de Comunicaciones asignar las frecuencias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, **distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las**

cuales se presentará dicho servicio, debe entenderse comprendida o nó la función de señalar el plan mínimo de expansión al cual deben sujetarse los planes de expansión que incluyan los oferentes en sus propuestas.

Como ello va más allá de los límites que impone el artículo 152 C.C.A.. deberá denegarse la solicitud impetrada en cuanto a este aspecto se refiere.

En lo que atañe al cargo que endilga el actor a los artículos 3o. y . 4o. del referido Decreto de ser violatorios del artículo 4o. de la Ley 37 de 1.993, por cuanto omiten tener en cuenta la propuesta más favorable y desconocen el factor esencial al de valoración que es el plan de expansión, la Sala no observa la manifiesta infracción ya que expresamente el artículo 4o. acusado prevé en su inciso primero que la adjudicación del contrato para la concesión del servicio de telefonía móvil celular se hará al licitante cuya propuesta se estime más favorable, y, en su inciso tercero estatuye que en todo caso para la adjudicación se verificará que la propuesta cumpla con los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones y OFREZCA EJECUTAR DE MANERA PLENA EL PLAN MINIMO DE EXPANSION. De tal manera que a primera vista entiende la Sala que en el acto enjuiciado no resulta irrelevante ni la favorabilidad de la propuesta ni el factor esencial que constituye el plan de expansión a que se contrae el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993.

En lo tocante a que el artículo 4o. del Decreto 2061 de 1993 viola los artículos 5o. del Decreto Ley 1900 de 1990, 7o. de la Ley 72 de 1989 y 3o. numeral 22 del Decreto Ley 1901 de 1990, tampoco la Sala observa *prima facie* tales quebrantos, ya que del texto de la disposición acusada no se deriva que éste está trasladando a los proponentes o licitantes la fijación del monto para pago de derechos, tasas o tarifas, por concepto de la concesión, que corresponde según las normas enunciadas al Ministerio de Comunicaciones.

La norma en estudio previene en su inciso quinto y último que es en el pliego de condiciones donde han de fijarse las condiciones que permitan asegurar el equilibrio económico en cuanto a los derechos de concesión entre oferentes de las redes A y B, pero de esta preceptiva no se deduce el alcance que pretende dar el actor, entre otras razones por cuanto la elaboración del pliego de condiciones corresponde a la entidad contratante.

No encontrándose pues la vulneración de las normas que han quedado reseñadas, para los efectos del artículo 152 del C.C.A., no puede prosperar por ende el cargo de violación del artículo 189 numeral 11 de la Carta Política.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

1o): ADMITESE la demanda promovida por el ciudadano y abogado ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO contra los artículos 3o. y 4o. del Decreto 2061 de 1993. En consecuencia se dispone:

a): NOTIFIQUESE personalmente esta providencia a la señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación.

b): NOTIFIQUESE personalmente esta providencia, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y Comunicaciones y al señor Director del Departamento Nacional de Planeación.

c): SOLICITESE a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado. Término: diez (10) días.

d): DEPOSITE el actor en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) moneda corriente para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): 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.

2o): DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 3o. y 4o. del Decreto 2061 de 1993.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REGISTRO DE MARCA - Improcedencia / RIESGO DE CONFUSION

Están dados los dos elementos de similitud en la clase y de anterioridad en la solicitud de la marca "rich"respecto de la marca "ritchi", exigidos por la norma patrón. Se estima por lo tanto, que esa "confusión" con otras marcas, es aquella de carácter subjetivo, personal, sentida por el usuario del producto que en el acto elemental de la compra no se va a dedicar a hacer lucubraciones semánticas o semiológicas, a averiguar la procedencia idiomática de la palabra que identifica el producto, ni a preocuparse por lo que su traducción al español pueda significar. Es por ello que dos marcas cuyos nombres tengan gran semejanza fonética pueden dar lugar a que se compre un producto por otro o a que el empleado vendedor pueda vender un producto por otro, aún de buena fé. Es éste el derecho que la ley debe proteger en seguimiento del lógico aforismo de que quien es primero en el tiempo es primero en el derecho. Esto, tratándose como es natural de productos que pertenecen a la misma clase, como es el caso que se examina. Otras serían las circunstancias si los productos son de dos clases bien diversas, *verbi gratia*, vehículo automotores y elementos para el menaje doméstico. La susceptibilidad de la confusión debe analizarse en su unidad fonética que en esta particular circunstancia es más sencilla por tratarse de una sola palabra en ambas marcas. Para ponerlo en términos prácticos, valdría la pena hacer composición de lugar para imaginarse a un eventual comprador que entra a un almacén a adquirir un producto de uso personal marca "rich". Como la solicitud no ha sido escrita sino verbal, el desprevenido vendedor le entiende "ritchi" y le vende un producto de esta marca, pues no puede negarse que la pronunciación de ambos fonemas produce el mismo efecto sonoro. Si el "consumidor

medio" a que hace alusión la sentencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no está interesado en examinar los detalles del producto adquirido, se está tipificando en esa operación la confusión que la ley quiere evitar en defensa de quien primero registró el producto. Habrá que concluir entonces, como en aquella oportunidad, que las semejanzas anotadas entres las dos marcas, implican un motivo de confusión respecto de los productos que ambas representan, como atinadamente lo entendió la Superintendencia de Industria y Comercio al expedir los actos demandados, "pues tal concepción coincide justamente con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cuya parte pertinente se ha transcrito *ut supra*"

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. - Santa Fe de Bogotá, D. C. , seis (6)de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2235 AUTORIDADES NACIONALES Actora: COMPAÑIA COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DE MANUFACTURAS Y REPRESENTACIONES Y SERVICIOS -CIMARES en liquidación-

Procede la Sala a decidir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por la actora de la referencia contra los siguientes actos administrativos:

a) Auto de 4 de octubre de 1988 en el cual se advirtió al peticionario que la marca solicitada no es susceptible de registro por encuadrar en la causal consagrada en el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

b) Resolución No. 4040 de 23 de mayo de 1990, por la cual se niega el registro de la marca "RITCHI" solicitada por la actora.

c) Resolución No. 3295 de 6 de junio de 1991, por la cual al resolver el recurso de reposición se determinó no reponer la Resolución antes citada.

d) Resolucion No. 1333 de 3 de agosto de 1992, por la cual se confirmó la No. 4040 de 23 de mayo de 1990.

Todos los actos anteriores fueron expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

SECCION PRIMERA

HECHOS DE LA DEMANDA.

El actor comienza manifestando que por medio de apoderado solicitó, el 17 de diciembre de 1987, ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, el registro de la marca RITCHI (Diseño), para distinguir productos comprendidos en la clase 25 del Decreto 755 de 1972. La solicitud fué radicada bajo el expediente 279.825.

Dentro de las diligencias que obran en el proceso, se certifica que por ajustarse la solicitud a los requisitos formales establecidos en la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículos 60 y 61, se ordena pasar el expediente al correspondiente estudio de fondo.

Dentro de la misma diligencia y en lo referente al informe de registro de 31 de agosto de 1988 se establece: "No se encuentra registrada la expresión RITCHI clase 25".

Posteriormente con fecha 4 de octubre de 1988 se le advierte al apoderado del actor que la marca no es susceptible de registro por encuadrar dentro de la causal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y se le señala sólo un término de 30 días para resolver la objeción.

Con fecha 23 de mayo de 1990, el Jefe de la División de Propiedad Industrial profiere la Resolución No. 4040, por medio de la cual se niega el registro de la expresión RITCHI , aduciendo que con anterioridad se encuentra solicitado el registro de la expresión RICH, para la misma clase en favor de terceros.

Como consecuencia de lo anterior, mediante memorial radicado bajo el No. 36846 del 21 de diciembre de 1990, el apoderado del actor interpuso recurso de reposición y como subsidiario el de apelación, contra la Resolución antes mencionada.

Mediante Resolución No. 3295 de 6 de junio de 1991 la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, resolvió el recurso de reposición impetrado por la sociedad demandante, no reponiendo la Resolución, a su vez negando las pretensiones del actor y concediendo el recurso de apelación.

Finalmente, la Superintendencia mediante Resolución No. 1333 de 3 de agosto de 1992, resolvió el recurso de apelación confirmando la Resolución No. 4040 de mayo 23 de 1990, expedida por la División de Propiedad Industrial,

denegando las pretensiones del demandante y declarando agotada la vía gubernativa.

NORMAS VIOLADAS. CONCEPTO DE LA VIOLACION

De lo expresado por la demandante en este capítulo se deduce que los cargos contra los actos acusados son los siguientes.

Primer cargo: Violación del literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

Argumenta la violación de la disposición citada manifestando que hubo apresuramiento y error en la apreciación y comparación de las marcas, ya que la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, trata la solicitud de registro de manera nominativa, siendo en realidad de carácter figurativo o mixto, por estar compuesta la expresión RITCHI, en un tipo especial de letra y dentro de un cuadrado.

Continua diciendo la actora, que el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en reiterada jurisprudencia ha manifestado que, cuando se solicitan registros mixtos o figurativos, debe hacerse una comparación de visión de conjunto, un análisis de la totalidad de sus elementos integrantes, se debe examinar la unidad fonética y gráfica de los nombres y su estructura general. La División de Registro de la Superintendencia de Industria y Comercio excluye dicho estudio y profiere un auto de irregistrabilidad carente de verdaderos argumentos de fondo jurídico.

Finalmente sostiene la demandante que se trata de marcas distintas en su aspecto conceptual e ideológico en razón de que la marca RITCHI , es un nombre caprichoso carente de significado en el idioma castellano, a diferencia del nombre RICH, el cual es una expresión del inglés que traduce literalmente RICO.

Segundo cargo: Violación de la Ley 14 de 1979 y Decreto 2744 de 1980.

La actora considera que la División de Registro de la Superintendencia violó esta norma, al no cumplir con el requisito de exigir la traducción de la palabra RICH, causándole con esta omisión un grave perjuicio porque si dicha expresión tuviera anexa su traducción, hubiera sido fácil encontrar la gran diferencia conceptual e ideológica que existe entre las expresiones RICH (RICO) y RITCHI.

Tercer cargo: Violación del artículo 72 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

Considera la demandante que la norma es violada, en la medida en que para negar el registro de la marca RITCHI (Diseño), se eleva la solicitud de registro de la expresión RICH, a la categoría de marca registrada, cuando no se ha cumplido todo el procedimiento exigido para ello, por la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

Esto demuestra que cinco años después esa solicitud no ha sido publicada en la Gaceta de Propiedad Industrial, con el antecedente que desde hace cerca de cuatro años, los interesados no le han dado impulso procesal a las diligencias.

A continuación arguye la actora, que la actividad desplegada por él en la explotación del signo RITCHI le ha reportado una notoriedad en el comercio de las medias veladas. Manifiesta que no existen en el comercio medias veladas que se identifiquen o marquen con la expresión RICH y si existieran podrían ser otros productos de la clase 25 diferentes a medias para mujer. De hecho las marcas en conflicto pueden coexistir y han coexistido en el mercado.

Cuarto cargo: Violación del artículo 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

Manifiesta el actor que los incisos 2 y 3 de 1 artículo 589 del Código de Comercio fueron sustituídos por el artículo 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena que consagra un paso procesal consistente en "PREVIA AUDIENCIA DEL SOLICITANTE", para el caso de resolver el rechazo de la solicitud por incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 del mencionado Acuerdo.

A continuación hace una distinción entre el rechazo de la solicitud y la negativa del registro de la marca. Argumenta que como no se dió respuesta al auto ha debido operar el rechazo. Si se hubiera dado contestación al auto y los argumentos no hubieran sido suficientes para el funcionario sustanciador, allí si ha debido operar la negativa.

Quinto cargo: Violación del artículo 65 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

Sostiene la sociedad actora que la solicitud de registro como marca para el signo RITCHI se presentó con todos los requisitos de ley y no fué objeto de observaciones de orden objetivo, dualidad de factores que ameritaban su publicación en la Gaceta de Propiedad Industrial, permitiendo a terceros

reivindicar si fuere el caso, la propiedad de adopción, verificando la prueba de su dicho por los medios ordinarios de oposición de registro. Como esto no fué posible, se violó el elemental principio de defensa por cuanto se impidió la controversia sobre la confundibilidad de las marcas en razón de la decisión apresurada de la administración.

Sexto Cargo: Violación de los artículos 71 y 72, literales a) y e) de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Sostiene que han transcurrido 5 años sin que la solicitud de registro de la expresión RICH haya sido publicada, que si aun existiera interés en esta solicitud tendrían que aplicarse las normas consagradas en la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena y frente a esta legislación la solicitud de registro no prosperaría por no ser lo suficientemente distintivo y porque la expresión RICH, en su lenguaje corriente que es el Inglés, traduce "Rico". Por lo tanto, se trata de una designación objetiva, usual o genérica de los productos que pretende amparar la expresión.

Séptimo cargo: Violación del literal d) del artículo 73 de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Se dice que en el caso de la marca RITCHI la notoriedad es manifiesta, de muchos conocida y por lo tanto, de acuerdo a la norma vigente referida, dicho signo debe ser protegido oficiosamente por las autoridades marcarias colombianas.

Octavo cargo: Violación de los artículos 1o., 2o., 3o. y 32 del Código Contencioso Administrativo.

Expresa el actor que existiendo los principios de publicidad, contradicción y publicación del extracto, el Despacho de Propiedad Industrial no debió dictar la Resolución No. 4040 de 23 de mayo de 1990, por lo tanto ésta y las posteriores, Nos. 3295 de 6 de junio de 1991 y 1333 de 3 de agosto de 1992, son actos ilegales y absolutamente nulos.

ALEGATOS DE LAS PARTES

La parte actora presentó su alegato, haciendo énfasis de manera reiterativa en los argumentos expuestos por ella en el capítulo de normas violadas y en el concepto de la violación contenido en su demanda y sobre los cuales ya se hizo relación.

SECCION PRIMERA

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación considera que debe darse la anulación de los actos acusados, a fin de posibilitar el amplio debate que no se dió en la vía gubernativa.

Asimismo, lo primero que advierte el Ministerio Público es el desconocimiento de lo ordenado en el artículo 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena que dice:

> "En el caso de incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59, la oficina nacional competente, previa audiencia del solicitante, podrá decidir el rechazo de la solicitud".

Arguye a continuación que es cierto como se alega en la demanda, que la norma aplicable al caso era el artículo transcrito. De manera que la actora tiene razón en que se pretermitió un trámite fundamental en la vía gubernativa que garantiza el debido proceso y el derecho de la actora en controvertir, en audiencia, la objeción anotada y por la administración.

El trámite seguido por la administración sustituye el previsto en la norma posterior, vigente en su oportunidad. Esta sola razón es suficiente para fundamentar la anulación de los actos acusados.

Finalmente expresa que por lo demás, el proceso no cuenta con suficientes elementos de juicio para decidir, sin grave riesgo de error, sobre la registrabilidad o no de la marca propuesta por la actora.

INTERPRETACION PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Teniendo en cuenta que en el proceso de la referencia se aduce la violación de las normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, esta corporación dispuso solicitar al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la interpretación por vía prejudicial de aquéllas.

El Tribunal en su contestación manifiesta que la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuya interpretación se sol icita, fué sustituída por la Decisión 311 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo No. 96 en fecha 12 de diciembre de 1991 y ésta a su vez, sustituída por la Decisión 313, publicada en la Gaceta Oficial No. 101 de fecha 14 de febrero de 1992, actualmente vigente.

Por las anteriores razones, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no efectúa la interpretación solicitada por derogatoria del derecho y la declara improcedente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Comienza la Sala las consideraciones pertinentes al caso que se ha de decidir, observando que el señor Superintendente de Industria y Comercio, no obstante haber sido notificado legalmente de la demanda no se hizo presente en el proceso ni se hizo representar para defender la legalidad de sus actos, objeto de la misma.

El cuestionamiento planteado ante esta Corporación se fundamenta en la violación que señala la parte actora, de las siguientes normas:

Numeral (sic) F del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena; la Ley 14 de 1979, artículo 1o.; el Decreto 2744 de 1980, artículos 1 y 2; los artículos 64, 65, 72 y 73 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena; artículos 71 y 72 numeral (sic) a) y e), 73 numeral (sic) d), de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Con relación a las normas supuestamente agredidas, es oportuno, en aras de la organización de estas consideraciones, hacer referencia en primer lugar a la definida posición de la señora Procuradora Delegada en cuanto a la violación, por parte del acto demandado, de artículo 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, al afirmar que "de manera que le asiste razón a la actora en que se pretermitió un trámite fundamental en la vía gubernativa que garantizara el debido proceso y por ende el derecho de la actora a controvertir ampliamente, en audiencia, la objeción anotada por la administración. El trámite seguido por la administración no sustituye el previsto en la norma posterior, vigente en su oportunidad. Esta sola razón es suficiente para fundamentar la anulación de los actos acusados".

A propósito, los actos demandados aluden a un término de 30 días conferido al peticionario para responder a la objeción hecha por la Superintendencia de Industria y Comercio para el registro de la marca solicitada. El fundamento legal de ese término es el artículo 589 del Código de Comercio (folio 24) .

El peticionario no responde a la objeción dentro del término señalado, según lo confiesa él mismo a folio 96 (párrafo segundo del expediente).

Textualmente, dice así el artículo 589 del C. de Co.:

Si la Oficina de Propiedad Industrial considera que la marca solicitada no puede registrarse, lo hará saber al solicitante quien, en el término de treinta días, deberá exponer las razones que sustenten su solicitud.

"Vencido el término, la oficina decidirá de conformidad con los hechos que aparezcan en el expediente.

"El funcionario que tramite la solicitud podrá allegar de oficio toda la clase (sic) de información".

Manifiesta el nulidiscente que los incisos 2 y 3 de este artículo fueron sustituídos por el artículo 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena que señala:

"En los casos de incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 la oficina nacional competente, previa audiencia del solicitante, podrá decidir el rechazo de la solicitud".

Con fundamento en esta norma, se afirma en la demanda que, en primer lugar, debe existir un paso procesal que consiste en "previa audiencia del solicitante", "actuación omitida y que no aparece registrada dentro del expediente". Se adentra luego el memorialista en la elaboración de una teoría diferencial entre las acepciones "rechazo" y "negativa" en las cuales no barrunta la Sala significación alguna para el objetivo de la demanda además de carecer, en absoluto, de asidero legal. No se señala, por otra parte, cuál es la disposición que ordena la sustitución de los incisos segundo y tercero del artículo 589 por el artículo 64 de la decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

De todas maneras, lo dispuesto en el artículo 64 de la susodicha Decisión, no entra de ninguna manera en contradicción con la norma aplicada, esto es, con el artículo 589 del Código de Comercio. Por el contrario, ambas normas se correlacionan estrechamente. El demandante, por ejemplo, se queda corto en manifestar cuál es el lapso que debe esperar la administración para obtener la "previa audiencia del solicitante", pues difícilmente se entiende como la ley pueda dejar *ad libitum* de ese solicitante la fijación del tiempo en que pueda concurrir para ese objeto. Es entonces en el artículo 589 donde se fija el término de treinta días para exponer las razones que sustentan la solicitud.

Como ya se anotó, la parte actora no hizo uso del tiempo que, con fundamento en la ley, se le concedió para ser oído antes de la decisión de la

solicitud y no le asiste por tanto la razón, como tampoco la tiene la señora Procuradora Delegada, para afirmar que se omitieron pasos procesales en el trámite seguido por la administración, omisión que fundamentaría la anulación de los actos acusados.

Por tanto, no se prueba la violación del artículo 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

En estrecha conexión con lo anterior, está el artículo 65 de la misma Decisión también señalado por el demandante como violado, cuyo texto dispone:

> "Si la solicitud no mereciere observaciones o fuere complementada debidamente, se ordenará la publicación de un extracto, por una vez, en el órgano de publicidad que determine la legislación interna del respectivo país miembro.
>
> "Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación cualquier persona podrá oponerse al registro de la marca".

En el caso que se estudia, como se acaba de determinar, la solicitud hecha por la parte actora sí mereció observaciones las cuales no fueron complementadas debidamente. No a otra cosa se refiere el auto de 4 de octubre de 1988 (folio 24), por medio del cual se advierte al peticionario "que la marca solicitada no es susceptible de registro por encuadrar ésta dentro de la causal de irregistrabilidad consagrada en el literal F del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena". Y esa observación no fué ni respondida ni complementada dentro del término legal que para ello tenía el solicitante. Al decidirse el rechazo de la solicitud, no cabía obviamente la aplicación del artículo 65, pues hubiera sido una acción incoherente y de manifiesta inconducencia. Se concluye así que tampoco este artículo sufrió violación por parte del acto demandado.

El actor denuncia también la violación de los artículos 72 y 73 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y lo hace con especial referencia a la Resolución No. 4040 del 23 de mayo de 1990, constante a folio 25 del expediente.

Las dos normas rezan:

> "Art. 72.- El derecho exclusivo a una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente.
>
> "Art. 73.- La admisión de la solicitud de registro de una marca en un país

miembro, otorgará al peticionario un derecho de prioridad durante un plazo de seis meses para que dentro del mismo pueda solicitar el registro en los otros países miembros".

Afirma el accionante, con caracteres mayúsculos y subrayados (folio 93), que a los peticionarios del signo RICH se les reconoció un **DERECHO DE PROPIEDAD** sin haber efectuado todas las etapas consagradas en la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

La categórica afirmación carece de veracidad a la luz de los documentos que hacen parte del expediente. Partiendo de esa falsa premisa (folio 93), se hacen en el *libelo* una serie de lucubraciones que, careciendo de fundamentos legales, no logran demostrar cómo la Resolución 4040 de 1990 o cualquiera otra de los actos que se examinan, puedan ser violatorios de los dos artículos transcritos. En forma objetiva, comprobable con la sola vista de los documentos, está demostrado que la dicha resolución se fundamentó en la verificación de que la objeción hecha mediante el auto del 4 de octubre de 1988 no había sido respondida dentro del término dado. No se hace alusión en esa providencia a derecho de propiedad alguno, sino a una solicitud anterior sobre la expresión RICH para la misma clase, a favor de un tercero.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena sobre las causales de irregistrabilidad y en el vencimiento del término concedido para la respuesta a la objeción, la División, de Propiedad Industrial, negó el registro de la marca "RITCHI". Esos dos presupuestos restan cualquier posibilidad de transgresión del artículo 72 de la misma Decisión que habla del derecho exclusivo a una marca y, con mayor razón, del artículo 73, *ibídem*, que regula la registrabilidad de una marca en varios países miembros del Acuerdo de Cartagena durante un plazo de seis meses contados desde la primera admisión de una solicitud de registro. Es tan ajeno el argumento con que se quiere rebatir el acto demandado, que en el memorial en el que se interpone el recurso de reposición y el subsidiario de apelación contra el auto que denegó el registro de la marca en mención (folios 30 a 34), ni siquiera se menciona. Allí se hace referencia únicamente a la alegación que debió presentarse dentro del término concedido para responder la objeción, alegación que ya para esa fecha era extemporáneo. No se comprueba, en consecuencia, la violación de los artículos 72 a 73 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

Sobre la violación que se predica en la demanda de la Ley 14 de 1979 y del Decreto 2744 de 1980, estima la Sala que la acusación es claramente improcedente por la siguiente razón:

Se manifiesta en el *libelo* que, con base en las normas transcritas, los solicitantes han debido presentar en su solicitud la traducción literal de la marca RICH, palabra del idioma inglés que traduce "rico" pero que, como no lo hicieron, la División de Propiedad Industrial estaba obligada a exigir la traducción literal de la denominación.

Como fácilmente se puede observar, se trata de atacar el registro de la marca RICH asunto diverso al tema de que se ocupan la demanda y el proceso.

Por otra parte, se pretende retrotraer los efectos de unas normas a unos actos administrativos que les son precedentes en el tiempo. Su violación, por lo tanto, es un imposible jurídico. En efecto, los artículos 71 y 72 literales a) y e) de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena vigente desde marzo de 1992 y el literal d) del artículo 73 de la misma Decisión no pudieron haber sido transgredidos por los actos demandados. Estos tienen un origen anterior a la expedición de esas disposiciones.

Como se afirma en la misma demanda, la vigencia de las normas de la Decisión 313 no es anterior a los actos que la originaron y con su enunciación, la firma actora, trata de prevenir futuros pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio, prevención que ratifica cuando afirma:

> "Si existiera aún interés en esta solicitud, tendrían que aplicarse las normas consagradas en la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena, y con base en lo transcrito la solicitud de registro no prosperaría por no ser suficientemente distintivo y porque la expresión rich, en su lenguaje corriente que es el idioma inglés, traduce rico, que se trata de una designación adjetivo, usual o genérica de los productos que pretende amparar la expresión" (folio 98).

En consecuencia, tampoco resultan violados los indicados preceptos de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Por último, analiza la Sala la acusación de la actora en cuanto que, con los actos acusados se violó el literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

Es de anotarse, en orden a la claridad, que fué ésa la norma invocada por la Superintendencia como causal de irregistrabilidad de la marca objeto de este proceso. Su texto reza:

"Art. 58.- No podrán ser objeto de registro como marcas:

f.) Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase;".

Habla la norma de marcas confundibles con otras ya registradas o solicitadas, para productos o servicios comprendidos en una misma clase.

Según documentos constantes en el expediente (folios 6, 7, 8, 9, 14, 15, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 46, 49, 51, 54, 55, 116, 117, 118, 119, 122, 132, 133, 135, 136, 137, 138 del expediente), ambas marcas solicitadas están comprendidas en una misma clase, esto es, LA CLASE 25a DEL DECRETO 755 DE 1972.

Según consta también en autos, la solicitud de registro de la marca RICH fué anterior a la solicitud de registro de la marca RITCHI. La primera se hizo el 21 de agosto de 1987 (folios 133, 135 y otros su expediente se encuentra radicado bajo el número 274.997; la segunda se hizo el 17 de diciembre de 1987 (folios 82,118, y otros), su expediente se encuentra radicado bajo el número 279.825.

Es decir, están dados los dos elementos de similitud en la clase y de anterioridad en la solicitud de la marca "rich" respecto de la marca "ritchi" exigidos por la norma patrón.

En cuanto al requisito exigido por el literal f) en la expresión "Las que sean confundibles con otras", se tiene:

Dice la Resolución 4040 de 1990, uno de los actos demandados, que "la marca solicitada RITCHI guarda similitud con la ya solicitada RICH, semejanza que impide la coexistencia de las mismas en el mercado, toda vez que inducen a error al consumidor en la escogencia de los productos distinguidos con éstas".

Amplía este criterio la oficina reguladora de la propiedad industrial en la Resolución 3295 de 1991, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la primera, afirmando que existe plena identidad fonética y conceptual; agregando de paso que está dentro de la función pública la protección de los derechos adquiridos o de mera expectativa válidamente logrados y que sólo quien tiene la prioridad en el tiempo puede continuar su trámite.

Se reitera y amplía dicha posición en la Resolución 1333 de 1992, cuando al resolver el recurso de apelación, se sostiene que "resulta claro e inequívoco

que entre RICH (solicitada el 21 de agosto de 1987) y RITCHI (solicitada el 17 de diciembre de 1987) se presentan semejanzas fonéticas, ortográficas y visuales, enmarcándose esta última solicitud dentro de la causal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena".

La parte actora hace en su memorial una serie de distinciones en las que involucra registros de marca con etiqueta, con figura adicionales, registros mixtos, figurativos, aduciendo que se debe hacer un examen del conjunto del registro, o sea del nombre más el diseño para establecer la visible y suficiente distinción, procediendo al correspondiente trámite de registro. Se observa, no obstante, que tales especificaciones no son exigidas por la norma que se señala como violada la cual, en la sencillez de su expresión dice solamente "las que sean confundibles con otras...".

Se estima, por tanto, que esa "confusión" con otras marcas, es aquella de carácter subjetivo, personal, sentida por el usuario del producto que en el acto elemental de la compra no se va a dedicar a hacer lucubraciones semánticas o semiológicas, a averiguar la procedencia idiomática de la palabra que identifica el producto, ni a preocuparse por lo que su traducción al español pueda significar. Es por ello que dos marcas cuyos nombres tengan gran semejanza fonética pueden dar lugar a que se compre un producto por otro o a que el empleado vendedor pueda vender un producto por otro, aún de buena fé. Es éste el derecho que la ley debe proteger en seguimiento del lógico aforismo de que quien es primero en el tiempo es primero en el derecho. Esto, Tratándose como es natural de productos que pertenecen a la misma clase, como es el caso que se examina. Otras serían las circunstancias si los productos son de dos clases bien diversas, *verbi gratia*, vehículos automotores y elementos para el menaje doméstico.

A este propósito, es oportuno citar lo dicho por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en el proceso de las marcas "VOLVO" y "VOLMO" al que también hace alusión la parte demandante. Dijo así el Tribunal respecto de la "marca confundible":

> "Para un mejor entendimiento de las normas objeto de la presente decisión prejudicial, importa precisar en qué consiste la posibilidad de confundir una marca con otra, o sea el llamado riesgo de confusión". Es necesaria tal precisión ya que, de acuerdo con el art. 58, f) de la Decisión 85, una marca no puede ser objeto de registro si es "confundible" con otra marca ya registrada, o cuyo registro haya sido debidamente solicitado o reivindicado. La marca confundible con otra, además, carece por lo mismo de fuerza distintiva y de novedad, que son requisitos para su registrabilidad

(art. 56), y por tanto la oficina nacional competente debe rechazar la correspondiente solicitud de registro (art. 64).

"Tampoco puede ser objeto de registro la marca capaz de producir engaño a los medios comerciales o al público consumidor sobre las características principales del producto o servicio de que se trate (art. 58,a), y es obvio que la confusión de marcas puede llegar a ser motivo de engaño. Puede decirse, en tal sentido, que lo confundible engaña y no distingue, por lo cual no debe darse en la nueva marca que se pretende registrar.

".....

"En cuanto al cotejo o comparación de marcas denominativas de las que trata el presente proceso para decidir si son susceptibles de confusión, deberá tenerse en cuenta la visión de conjunto, la totalidad de sus elementos integrantes, la unidad fonética y gráfica de los nombres, su estructura general y no las partes aisladas unas de otras, ni los elementos particulares distinguibles en los nombres, ya que por tratarse de estructuras linguísticas deberá atenderse antes que nada a la unidad fonética. Debe evitarse, entonces, la disección o fraccionamiento de los nombres que se comparan, o el pretender examinarlos en sus detalles, ya que el consumidor medio no procede en tal forma. Por lo mismo, deberá ponerse atención preferente a los elementos caracterizantes de cada denominación, de los cuales suele depender en la práctica la primera impresión o impacto que recibe ese consumidor medio ante el nombre que sirve de marca". (Expediente No. 491, actor Sociedad Aktiebolaget Volvo. Consejero Ponente, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez).

Como puede colegirse de esta interpretación prejudicial que por su contenido bien podría haber sido escrita para el caso de que se ocupa esta providencia la susceptibilidad de la confusión debe analizarse en su unidad fonética que en esta particular circunstancia es más sencilla por tratarse de una sola palabra en ambas marcas. Para ponerlo en términos prácticos, valdría la pena hacer composición de lugar para imaginarse a un eventual comprador que entra a un almacén a adquirir un producto de uso personal marca "ritch".Como la solicitud no ha sido escrita sino verbal, el desprevenido vendedor le entiende "ritchi" y le vende un producto de esta marca, pues no puede negarse que la pronunciación de ambos fonemas produce el mismo efecto sonoro. Si el "consumidor medio" a que hace alusión la sentencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no está interesado en examinar los detalles del producto adquirido, se está tipificando en esa operación la confusión que la ley quiere evitar en defensa de quien primero registró el producto.

Esta Sala reitera, haciendo las debidas transposiciones, la consideración que hizo en el caso ya mencionado:

> "...la expresión VOLVO (en el caso presente "RITCHI"no reúne los requisitos de novedad y distintividad que se exigen en el artículo 56 de la Decisión 85 ya que al hacer un exámen comparativo respecto de la marca registrada VOLMO (en el caso presente la marca solicitada RICH), no tiene la suficiente capacidad diferenciadora, tipificándose así la causal de irregistrabílidad consagrada en el artículo 58 literal f) de la Decisión nombrada.
>
> "La expresión VOLVO (RITCHI en el caso presente), cuyo registro como marca fue denegado por la resolución acusada, no cabe duda que tiene enorme semejanza gráfica, ortográfica y fonética con la marca VOLMO (RICH en el caso presente) cuyo registro se le opusiera, semejanza que ciertamente induce al público al error". (*ibídem.* folio 15).

Habrá que concluir entonces, como en aquella oportunidad, que las semejanzas anotadas entre las dos marcas, implican un motivo de confusión respecto de los productos que ambas representan, como atinadamente lo entendió la Superintendencia de Industria y Comercio al expedir los actos demandados, "pues tal concepción coincide justamente con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cuya parte pertinente se ha transcrito *ut supra*".

La genérica sindicación hecha por el *libelista* en la parte final de su exposición sobre la violación de los artículos 1, 2, 3 y 32 del Código Contencioso Administrativo los cuales, al decir del escrito, son normas de riguroso y obligatorio cumplimiento para los funcionarios de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio", no será oficiosamente considerada por la Sala al carecer la demanda de la explicación del concepto de la violación, como taxativamente lo ordena el artículo 137 de la misma obra.

Analizados así los actos demandados frente a las disposiciones superiores señaladas como violadas por la firma demandante, se llega a la conclusión que dicha transgresión no se ha producido y que tales actos fueron proferidos conforme a derecho.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público,

F A L L A:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora o a su apoderado, el depósito judicial constituído para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La providencia anterior fué discutida y aprobada y celebrada el día tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Reestructuración / GOBIERNO NACIONAL - Facultades

Concordantemente con la naturaleza legislativa de los decretos expedidos con fundamento en el art. 20 transitorio de la Carta, la Sala considera que el criterio para analizar el alcance de estos decretos está dado por la idea de que a través de ellos el gobierno nacional podía dictar las misma normas para cuya expedición está habilitado el congreso con relación con la supresión, fusión o reestructuración de entidades del orden nacional. Además agrega la Sala, es lógico entender que ese alcance no está delimitado por la decisión pura y simple de suprimir, fusionar o reestructurar la entidad, sino que comprende la facultad de dictar todas las medidas legislativas que tengan una relación necesaria con la decisión central, de tal manera que esta última tenga unas consecuencias reales en la vida jurídica. En ese orden de ideas y concretamente con la decisión de reestructuración, como es el caso *sub judice* respecto de la Superintendencia de Industria y Comercio, esa facultad conllevaba la de disminuir o ampliar sus funciones y consecuentemente con ella, si esa disminución o ampliación de funciones afecta la conducta de los particulares, ello no es extraño por sí mismo ya que es de las esencias de las funciones públicas y sobre todo de la función legislativa, regular las relaciones entre los gobernantes y gobernados, de tal manera que, salvo el ejercicio de funciones entre entidades del Estado, lo normal es que la actividad de estas se ejerza respecto de los casos particulares.

SECCION PRIMERA

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES / CONTROL JURISDICCIONAL /CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES -Temporalidad

La interpretación lógica y sistemática de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo 20 transitorio, consistentes, en "suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional", frente a las normas constitucionales permanentes citadas, han llevado a la Sala a considerar que los decretos expedidos con base en la norma transitoria tienen, en consecuencia, la misma fuerza o entidad normativa de la ley, lo que equivale a decir que desde los puntos de vista material y jerárquico constituyen actos de naturaleza o categoría legislativa. Sin embargo para la Sala es obvio que desde el punto de vista formal u orgánico dichos actos son administrativos, teniendo en cuenta tanto la forma de su expedición (decretos) como el órgano que los origina (gobierno nacional), por lo cual no comparte el planeamiento del apoderado de la Nación, consistente en que ellos son "leyes" en sentido no solo material sino también formal, ya que cuando, aún en las citas doctrinarias transcritas en el alegato de conclusión, se hace referencia al "Poder legislativo" o al "órgano legislativo", dichas expresiones deben entenderse respecto del poder u órgano legislativo ordinario, que en nuestro régimen constitucional es el congreso, pues esa es la idea que está en la base de la diferencia entre los criterios material y orgánico o formal para calificar la naturaleza de los actos de las autoridades públicas. Dentro del marco anterior también es evidente que la distribución de competencias para efectos del control jurisdiccional de los actos en el derecho colombiano, tanto en la Constitución anterior como en la actual, se ha basado en la aplicación del criterio orgánico como regla general, con algunas excepciones. Es así como, concretamente en relación con los decretos del gobierno nacional, su control de constitucionalidad corresponde por regla general a la Jurisdicción contencioso administrativa y más exactamente al Consejo de Estado, salvo aquellos que de manera expresa y taxativa la Constitución ha señalado como de competencia de la Corte Constitucional como claramente lo indica el art. 237-2 de la Carta, a través de lo que se ha denominado la competencia residual del Consejo de Estado en esta materia. Y como el control jurisdiccional de los decretos dictados por el Gobierno con

fundamento en el artículo 20 transitorio de la Carta no está atribuido a la Corte Constitucional ni en el art. 241 ni en las disposiciones transitorias de la misma, la conclusión necesaria y que la Sala reitera es que su control corresponde al Consejo de Estado, por lo cual debe procederse al estudio de fondo de la demanda. Los decretos del artículo 20 transitorio no obedecen a ningún reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo sino, por el contrario, a una facultad temporal al gobierno para expedir normas en aspectos que son propios del Congreso. La Sala considera que el análisis de los decretos expedidos con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución, debe hacerse bajo la consideración de que se trata de "decretos con fuerza de ley, de naturaleza especial", regulados por un régimen propio previsto en la citada norma constitucional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No.2335 Actor : JESUS VALLEJO MEJIA

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda interpuesta por el ciudadano Jesús Vallejo Mejía, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en los artículos 6 de la Constitución y 84 del C.C.A., contra los artículos 2, numerales 2 y 5; 4 numerales 15 y 16; 44; 45; 46; 47; 48; 49; y 50 del Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.

I. ANTECEDENTES:

a.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación:

El actor considera que las normas acusadas infringen el artículo transitorio 20, así como los artículos 6, 114, 121, 123, 150, 189 y 333 de la Constitución Política, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en la demanda como en su alegato de conclusión (fls.60 a 70 y 133-134 del Cdno.No.1)

Como el mismo actor lo expresa textualmente en su alegato de conclusión, la tesis central de la demanda consiste en:

SECCION PRIMERA

"Que las disposiciones acusadas son violatorias del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, por cuanto las facultades que esta disposición otorgó para **suprimir, fusionar** o **reestructurar** entidades, no incluyeron las de otorgarles competencias no previstas en leyes anteriores, ni muchísimo menos para regular comportamientos de particulares o modificar las reglas de conducta contenidas en la legislación preexistente".

De esta tesis central el actor deriva la configuración de una extralimitación de funciones y la consecuente violación de las demás normas constitucionales aducidas como violadas, así:

- El artículo 6, en cuanto consagra la responsabilidad de los servidores públicos por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

- El artículo 123, por cuanto dispone que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

- Los artículos 114 y 150, que le confieren al Congreso el poder de hacer las leyes.

- El artículo 189, en cuanto le atribuye al Presidente de la República la función de ejecutar las leyes mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, más no para modificarlas ni expedir normas reservadas al ámbito legislativo, salvo que haya sido expresamente facultado por la Constitución o por la ley.

- El artículo 121, según el cual "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", mientras que el Presidente invadió la esfera de atribuciones del Congreso.

- El artículo 333, en cuanto la regulación de la libertad económica es del resorte legislativo y mediante leyes estatutarias, por ser un derecho fundamental y de acuerdo con el artículo 152-a) de la misma Carta.

Adentrándose en sus explicaciones, hace referencia al fallo del 20 de octubre de 1992, de la Corte Constitucional (Proceso No. D-039), en el cual tuvo oportunidad esa Corporación de pronunciarse sobre el alcance de facultades otorgadas al Gobierno para reformar la **estructura** administrativa de un organismo, como el Ministerio de Salud, expresando que esa facultad comprende las de señalar los órganos, crear los cargos, distribuir el poder entre las dependencias creadas, asignar las funciones específicas a los empleados y señalar su dotación y asignaciones, pero que no podía el Gobierno crear o autorizar la creación de contribuciones, porque tal carga fiscal "es

completamente ajena a como se organicen, creen, modifiquen, fusionen, nivelen dependencias de la Superintendencia y se reasignen sus funciones y competencias con el fin de acomodar tal entidad a las exigencias de la ley 10 de 1990 ..."

Aplicando las anteriores premisas a los artículos concretamente demandados del Decreto 2153 de 1992, se expresa así:

1.- **En relación con el numeral 2 del artículo 2**, es nulo en la parte que dice: " ...así, como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia", por cuanto "en parte alguna han dispuesto las leyes sobre prácticas comerciales, que las entidades encargadas de su aplicación tengan el poder general de **impartir instrucciones** a los sujetos sometidos a su control y vigilancia", lo cual se advierte con la lectura de la Ley 155 de 1959, específicamente su artículo 17, que permite taxativamente fijar plazo perentorio para que cesen las prácticas, sistemas o procedimientos prohibidos y someter a la empresa o empresas cuyas prácticas sean objeto de investigación a la vigilancia de la entidad correspondiente.

2.- **En relación con el numeral 5 del artículo 2**, son válidos los mismos argumentos anteriores frente a la parte que dice: "...Así como por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia", ya que ninguna de las normas de protección al consumidor, contenidas en la Ley 73 de 1981 y el Decreto 3466 de 1982, prevé que las entidades encargadas de su aplicación pueden dar instrucciones obligatorias a los sujetos sometidos a su vigilancia y control.

3.- **En relación con el numeral 15 del artículo 4**, su inconstitucionalidad se fundamenta en que en él se prevén sanciones no contempladas en la legislación preexistente, como es el artículo 14 de la Ley 155 de 1959, que en materia de prácticas comerciales restrictivas prevé sanción de multa hasta de $500.000,oo a cargo de quienes infrinjan sus disposiciones. Además de lo anterior, su inconstitucionalidad se manifiesta en que la cuantía de la multa se fija en **salarios mínimos vigentes al momento de la imposición de la sanción**, o sea que este valor se aplica retroactivamente, lo cual viola el artículo 29 de la Constitución, que consagra el principio del debido proceso, una de cuyas concresiones es la prohibición de retroactividad de las leyes y en general de los actos jurídicos.

4.- **En relación con el numeral 16 del artículo 4**, son igualmente válidos los argumentos del punto anterior, por cuanto también en él se dispone sobre sanciones no previstas en la legislación anterior, con carácter retroactivo.

5.- **En relación con el artículo 44**, es inconstitucional la expresión final que dice: "... o que constituyan abuso de la posición dominante...", por cuanto al tenor del artículo 333 de la Constitución el tema de la **posición dominante** debe ser objeto de desarrollo legislativo y no basta para el efecto que, a propósito de autorizaciones otorgadas explícitamente para reestructurar entidades oficiales, el Gobierno se sienta facultado para prescindir de la ley, regulando directamente la materia, ya que la Constitución de 1991 prácticamente eliminó los llamados reglamentos constitucionales.

6.- **En relación con los artículos 45, 46, 47, 48, 49 y 50,** son igualmente válidos los anteriores argumentos, por cuanto no se limitan a reestructurar la Superintendencia de Industria y Comercio, sino que se atreven a definir situaciones jurídicas (artículo 45); extender la nulidad por objeto ilícito dispuesto por el artículo 19 de la Ley 155 de 1959 a los actos que según los términos del mismo decreto se considere que afectan la libre competencia en los mercados (artículo 46); reformar la Ley 155 de 1959 para comprender, como contrarios a la libre competencia, otros acuerdos y actos no contemplados por ella (artículos 47 y 48); disponer sobre excepciones tampoco mencionadas en dicha ley (artículo 49); y desarrollar el concepto constitucional de abuso de la posición dominante (artículo 50).

b.- **Las razones de la defensa**:

La constitucionalidad del acto demandado fue defendida con los argumentos que se resumen a continuación:

Por el apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico y de la Superintendencia de Industria y Comercio (-fls. 88 a 102 y 135 a 184 del Cdno. No.1):

El Decreto 2153 fue expedido dentro del marco del artículo 20 transitorio de la Carta, pero aún en el caso de que no fuera así, encuentra sustento en otras atribuciones constitucionales propias del Presidente.

El artículo 20 transitorio es un mandato extraordinario en virtud del cual el Gobierno podía dictar verdaderas leyes, regulando todas las materias que ubicara dentro del marco de la competencia de las entidades materia de la fusión o la reestructuración, en la medida que esa normatividad asegurara el propósito último de ponerlas en consonancia con la nueva Constitución.

Pero "aún bajo el supuesto que pregona la demanda, de acuerdo con el cual las facultades del 20 transitorio no tenían el alcance que se les da en nuestro argumento principal, lo cierto es que las normas que echa de menos el

censor por estimar que no pueden estar contenidas en el mismo decreto 2153, ya existían en nuestra legislación y son lo suficientemente amplias para permitir los desarrollos que de ellas pudo haber hecho el decreto recién citado".

En relación con los numerales 2 y 5 del artículo 2o. del Decreto 2153, se deben tener en cuenta dos cosas :

De una parte, la norma se limita a señalar la posibilidad de imponer las sanciones "pertinentes", es decir, las que existan en otras disposiciones.

De otra parte, la norma tampoco plasma la posibilidad de impartir instrucciones en las materias que son de la competencia de la Superintendencia, sino que se limita a hacer referencia a la posibilidad de sancionar a quien no atienda esas instrucciones en general y no solamente las referentes al tema de las prácticas comerciales restrictivas y la promoción de la libre competencia.

En relación con los numerales 15 y 16 del artículo 4, expresa que la función de imponer las sanciones allí plasmadas encuentra soporte en otras normas legales, como el literal o) del artículo 6o. del Decreto Ley 149 de 1976, que radicó en la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de sancionar las violaciones a las normas legales sobre la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas; el literal "m", del artículo 6o. del citado Decreto 149 de 1976, que le asignó la función de intervenir en la fijación de normas sobre pesas y medidas, calidad, empaque y clasificación de los productos, con el propósito de defender los intereses de los consumidores y de los productores de materias primas; el mismo Decreto 149 de 1976 encargó a la Superintendencia la imposición de las sanciones por la violación de las normas sobre control y vigilancia de precios; y finalmente, los artículos 43 y 44 del Decreto 3466 de 1982 facultaron a la Superintendencia para imponer las sanciones establecidas en el estatuto del consumidor.

Como argumento residual, no pueden perderse de vista los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Constitución, de acuerdo con los cuales al Presidente le corresponde asegurar la cumplida ejecución de las leyes y que son el soporte para establecer sanciones o cualquier otro mecanismo que asegure el cumplimiento de las normas legales.

Finalmente, lo que prohibe el artículo 29 de la Carta es que a una persona se le juzgue con base en leyes que no existían al momento en que realizó el acto que se le imputa. No prohibe que se le actualicen las sanciones, que es lo que se prevé en las disposiciones demandadas, ya que se trata de aplicar la misma ley que regía cuando se consolidó la conducta sancionable y la sanción también estaba vigente en el momento de la ocurrencia de la falta.

SECCION PRIMERA

En relación con los artículos 44, 45, 47, 48, 49 y 50 del Decreto 2153, debe notarse que las leyes previas que echa de menos el censor, a pesar de que no serían necesarias habida cuenta de la amplitud del artículo 20 transitorio de la Carta, existen.

Es así como, en relación con el tema de la competencia desleal y de las diferentes formas que esta puede revestir, desde la Ley 31. de 1925 se abordo el tema y se intentó una primera definición en su artículo 65; mediante la Ley 59 de 1936, aprobatorio de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, se volvió a definir el concepto y se entró a enlistar algunos de los actos típicos que constituyen esta clase de competencia, lo cual también hicieron en términos casi idénticos la Ley 155 de 1959 y sus decretos reglamentarios, entre ellos el Decreto 3236 de 1962, que amplió el listado de actos; a su vez, el artículo 75 del Código de Comercio, cambió la lista de actos típicamente violatorios del régimen de competencia desleal, pero dejó abierta la posibilidad de que otras conductas que reunieran las características de las presentadas en forma expresa, también se consideraran contrarias al ordenamiento.

Dentro de ese marco legal se puede afirmar que acepciones como la de "posición dominante", son nuevas en la Carta pero su concepto no es novedoso en nuestro derecho, pues el abuso de la posición dominante, que es una noción económica y no jurídica, no constituye nada diferente de una forma de competencia desleal.

De los artículos 45, 47, 48 y 49, que regulan los actos y acuerdos contrarios a la libre competencias, también se puede predicar que no son nuevas reglamentaciones sino el desarrollo de las leyes preexistentes citadas.

Respecto del artículo 49 también se podría decir que a través de él se desarrolla la facultad otorgada al ejecutivo por el parágrafo del artículo 1o. del Decreto Ley 3307 de 1963, de acuerdo con el cual el Gobierno puede autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

En relación con el artículo 46, en primer lugar debe señalarse que en él no se establece ninguna causal de nulidad, sino que desarrolla la Ley 155 de 1959 y el título V del Libro Primero del Código de Comercio, así como los artículos 15, 16 y los que establecen la nulidad por objeto ilícito en el Código Civil.

En su alegato de conclusión, este representante judicial de la Nación, amplía los argumentos expuestos, agregando algunos aspectos como los siguientes que la Sala destaca:

1.- Los decretos dictados con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución no solo tienen la entidad de leyes, sino que son en realidad "leyes", conclusión que, de ser acogida, implicaría que "el Consejo tendría que inhibirse de proferir un pronunciamiento de fondo sobre el tema puesto a su consideración, pues la competencia se trasladaría a la Corte Constitucional, a la cual le compete pronunciarse sobre la adecuación de las leyes (y los decretos que se estudian lo son en sentido material y formal) a la Constitución (numeral cuarto del artículo 241 de la Carta)" (fl. 148 del Cdno. No.1).

2.- Sobre las actividades que debía cumplir el Gobierno Nacional con base en el artículo 20 transitorio, y concretamente en relación con la facultad de reestructurar, cita diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia en los cuales se precisa que esa facultad comprende la de señalar funciones (fls. 149 a 159 del Cdno. No 1).

Por el apoderado del Departamento Nacional de Planeación (fls. 113 a 114 Cdno. No. 1).

En el escrito de contestación de la demanda, este apoderado se opone a las pretensiones, limitándose a plantear que de acuerdo con el propósito previsto en el artículo 20 transitorio para las modificaciones en la estructura administrativa, era necesario que el Gobierno tuviera en cuenta las nuevas funciones que la Carta asignaba para distribuirlas y dictar las reglas para hacerlas operativas, sin que hubiera presentado alegato de conclusión desarrollando su argumentación.

Por el impugnante Sergio Quiroz Plazas (fls. 124 a 132 Cdno. No.1):

Con ocasión del traslado para alegar, se hizo presente este ciudadano con fundamento en el artículo 146 del C.C.A. con el fin de impugnar la demanda y oponerse a las pretensiones de la misma, para lo cual esgrime argumentos como los siguientes :

La reforma originada en el artículo 20 transitorio es una verdadera reforma administrativa de los alcances de la efectuada en 1968 y su significado no puede reducirse a la simple interpretación gramatical de las funciones de suprimir, fusionar o reestructurar.

SECCION PRIMERA

Las sanciones previstas en algunas de las normas demandadas son la herramienta coercitiva que le permite a la Superintendencia ejercer cabalmente sus funciones de vigilancia.

En relación con los artículos 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50 del Decreto 2153 de 1992, nada nuevo le están atribuyendo a la Superintendencia de Industria y Comercio, como lo sostiene el demandante, pues esas funciones estaban previstas en otras normas, algunas de las cuales se citan. Aún el llamado "abuso de la posición dominante" en el mercado, es una de las tantas formas de competencia desleal.

C.- **La actuación surtida:**

A la acción se le dió el trámite propio del procedimiento ordinario, como lo ordena el Código Contencioso Administrativo, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante auto del 16 de abril de 1993 se admitió la demanda (fls. 73 a 75 Cdno. No.1). Por auto del 19 de julio de 1993 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, del cual hizo uso el actor y el apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico, así como el impugnante citado anteriormente.

II.- **EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:**

En su concepto de fondo, la señora Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado considera que se deben acoger las súplicas de la demanda, por las siguientes razones (fls. 185 a 190 Cdno. No.1):

Está de acuerdo con el criterio de la demanda en el sentido de que toda disposición que el Gobierno expida en ejercicio de las atribuciones distintas de suprimir, fusionar o reestructurar las entidades, o que se aparte de las finalidades indicadas por el constituyente, desbordan el marco de la competencia otorgada, para lo cual acude a apartes del concepto del Ministerio Público dentro del proceso D-039 promovido por Abdón Ortíz Flórez ante la Corte Constitucional contra normas del Decreto 1472. del 9 de junio de 1990, "por el, cual se reorganiza la Superintendencia de Salud ..." y que fueron declaradas inexequibles en sentencia del 20 de octubre de 1992, "por encontrar el alto organismo que el Ejecutivo excedió las facultades a él conferidas al regular materias ajenas a las indicadas en la Ley de atribuciones".

Agrega que, "gracias al principio de interpretación restrictiva que debe darse a las normas que habilitan al ejecutivo como legislador extraordinario, en la atribución de reestructurar una entidad no puede entenderse comprendida la función de imponer sanciones por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia, ni la de señalarlas. Para ello necesitaba el gobierno de autorización expresa. Razón de más, advierte el actor, por transgresión del artículo 29 de la Constitución que consagra el principio del debido proceso, en cuanto la norma acusada señala sanciones en salarios mínimos vigentes a la imposición de la sanción no al momento de cometido el hecho que daría lugar a ella".

Afirma igualmente que "tiene razón el demandante en los cargos señalados contra los artículos 44 a 50 del Decreto 2153. En efecto, los temas allí contenidos son ajenos al cometido confiado al gobierno de reestructurar la entidad".

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A.- La competencia del Consejo de Estado:

Como uno de los representantes judiciales de la Nación plantea en su alegato de conclusión que los decretos dictados con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución, como es el caso del decreto demandado, no sólo tienen la entidad de leyes, sino que son en realidad "leyes" en sentido material y formal, lo cual implicaría la competencia de la Corte Constitucional de acuerdo con el artículo 241-4 de la Carta y el Consejo tendría que inhibirse de proferir un pronunciamiento de fondo, debe.la Sala referirse en primer lugar a este aspecto.

Sobre el particular, la Sala ha reiterado que los decretos dictados con fundamento en el artículo 20 transitorio constituyen el ejercicio de una facultad excepcional que la Carta entregó al Gobierno Nacional para ejercerla en relación con funciones que normal y originalmente son competencia del Congreso.

En efecto, de conformidad con el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución, corresponde al Congreso "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", así como "crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta".

De otra parte, si bien los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta otorgan al Presidente de la República las funciones de "15 Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales..." y "16 Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales ..." dichas facultades están expresamente condicionadas a la ley.

La interpretación lógica y sistemática de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por el articulo 20 transitorio, consistentes en "suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional", frente a las normas constitucionales permanentes citadas, han llevado a la Sala a considerar que los decretos expedidos con base en la norma transitoria tienen, en consecuencia, la misma fuerza o entidad normativa de la ley, lo que equivale a decir que desde los puntos de vista material y jerárquico constituyen actos de naturaleza o categoría legislativa.

Sin embargo, para la Sala es obvio que desde el punto de vista formal u orgánico dichos actos son administrativos, teniendo en cuenta tanto la forma de su expedición (decretos) como el órgano que los origina (gobierno nacional), por lo cual no comparte el planteamiento del apoderado de la Nación, consistente en que ellos son "leyes" en sentido no sólo material sino también formal, ya que cuando, aún en las citas doctrinarias transcritas en el alegato de conclusión, se hace referencia al "poder legislativo" o al "órgano legislativo", dichas expresiones deben entenderse respecto del poder u órgano legislativo ordinario, que en nuestro regimen constitucional es el Congreso, pues esa es la idea que está en la base de la diferencia entre los criterios material y orgánico o formal para calificar la naturaleza de los actos de las autoridades públicas.

Dentro del marco anterior, también es evidente que la distribución de competencias para efectos del control jurisdiccional de los actos en el derecho colombiano, tanto en la Constitución anterior como en la actual, se ha basado en la aplicación del criterio orgánico como regla general, con algunas excepciones.

Es así como, concretamente en relación con los decretos del gobierno nacional, su control de constitucionalidad corresponde por regla general a la jurisdicción contencioso administrativa y más exactamente al Consejo de Estado, salvo aquellos que de manera expresa y taxativa la Constitución ha señalado como de competencia de la Corte Constitucional como claramente lo indica el artículo 237-2 de la Carta, a través de lo que se ha denominado la competencia residual del Consejo de Estado en esta materia.

Y como el control jurisdiccional de los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Carta no está atribuido a la Corte Constitucional ni en el artículo 241 ni en las disposiciones transitorias de la misma, la conclusión necesaria y que la Sala reitera es que su control corresponde al Consejo de Estado, por lo cual debe procederse al estudio de fondo de la demanda.

B.- Naturaleza y requisitos de los decretos expedidos con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución.

Como el cargo central de la demanda se refiere a que las facultades conferidas por el artículo 20 transitorio "no incluyeron las de otorgarles (a las entidades) competencias no previstas en leyes anteriores, ni muchisimo menos para regular comportamientos de particulares o modificar las reglas de conducta contenidas en la legislación preexistente", la Sala se ve avocada a referirse a la naturaleza de estos decretos, para con base en ella fijar algunos criterios sobre sus requisitos, que le permitan precisar su contenido y alcances y dar respuesta a los planteamientos de la demanda.

En ese sentido, la Sala comienza por decir que, para evitar confusiones, deben deslindarse estos decretos de los llamados técnicamente decretos-leyes o extraordinarios así como de los denominados reglamentos constitucionales o autónomos, a los cuales, si bien se asemejan en algunos aspectos, se diferencian en otros de tal manera que sus características no coinciden exactamente con ninguno de ellos.

En efecto, frente a los decretos-leyes o extraordinarios, si bien se asemejan en que en ambos casos se trata de facultades excepcionales para que el Gobierno, durante un término preciso y dentro de ciertos límites, dicte normas que ordinariamente corresponden al Congreso y, por consiguiente, con la misma entidad y jerarquía de las leyes, basta hacer notar que en el caso del artículo 20 transitorio dichas facultades han sido otorgadas directamente por el Constituyente, mientras que en el caso de los decretos extraordinarios ellas son producto de la delegación voluntaria del mismo Congreso, a iniciativa del Gobierno. Además, debe notarse que por diversos aspectos como el término, el contenido, la causa y la finalidad, así como en relación con diversos requisitos, las facultades previstas en el artículo 150-10 de la Carta se diferencian claramente de las otorgadas en el artículo 20 transitorio.

A su vez, en relación con los llamados decretos o reglamentos autónomos o constitucionales, los decretos del artículo 20 transitorio se asemejan a ellos en cuanto son el resultado del ejercicio de funciones otorgadas directamente por la Constitución al Gobierno, sin que requieran, por lo tanto, de la existencia de una

ley previa para su expedición, de tal manera que se trata en ambos casos de competencias que el Gobierno puede ejercer independientemente del Congreso. Sin embargo, para hacer notar sus diferencias, basta resaltar que mientras los decretos autónomos, en los casos en que ellos subsisten, se fundamentan en un reparto de competencias que hace la Constitución entre el Congreso y el Gobierno, con carácter permanente, hasta el punto de que en los aspectos que son objeto de ellos el Congreso no puede legislar, los decretos del artículo 20 transitorio no obedecen a ningún reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo sino, por el contrario, a una facultad temporal al Gobierno para expedir normas en aspectos que son propios del Congreso.

Como son evidentes las diferencias con los demás decretos que puede expedir el Gobierno (legislativos en estados de excepción, de planeación, reglamentarios y ejecutivos), la Sala considera que el análisis de los decretos expedidos con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución, debe hacerse bajo la consideración de que se trata de "decretos con fuerza de ley, de naturaleza especial", regulados por un régimen propio previsto en la citada norma constitucional.

En ese orden de ideas, el régimen especial que reguló en su momento la expedición de estos decretos estaba dado exclusivamente por los siguientes aspectos:

1.- Término para expedirlos: dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución.

2.- Procedimiento previo: evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en administración pública o derecho administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios.

3.- Objeto o contenido de los decretos: suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional.

4.- Finalidad de los decretos: poner las entidades "en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece".

C.- **Análisis del caso concreto:**

Frente al marco dado por los requisitos a que nos hemos referido, la demanda que ha dado lugar al presente proceso ubica la litis concretamente en

relación con el contenido de algunas normas del decreto demandado, sin que cuestione el término durante el cual fue expedido el decreto, ni el procedimiento previo exigido para su expedición, ni tampoco la finalidad del mismo.

En efecto, de acuerdo con el texto del cargo central citado y los planteamientos de la demanda frente a cada una de las disposiciones demandadas, el cuestionamiento del actor tiene que ver con el alcance de las atribuciones conferidas al Gobierno por el artículo 20 transitorio. Es decir que, inclusive, a pesar de tener que ver la censura con el contenido de los decretos, el demandante no cuestiona en sí mismo el ejercicio de la facultad de reestructurar la Superintendencia de Industria y Comercio por parte del Gobierno, sino los limites de esa facultad, al considerar que ella no incluía " las otorgarles (a las entidades y concretamente a la Superintendencia reestructurada) competencias, no previstas en leyes anteriores, ni muchísimo menos para regular comportamientos de particulares o modificar las reglas de conducta contenidas en la legislación preexistente".

Al respecto, y concordantemente con la naturaleza legislativa de los decretos expedidos con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Carta, la Sala considera que el criterio para analizar el alcance de estos decretos está dado por la idea de que a través de ellos el gobierno nacional podía dictar las mismas normas para cuya expedición está habilitado el Congreso en relación con la supresión, fusión o reestructuración de entidades del orden nacional.

Además, agrega la Sala, es lógico entender que ese alcance no está delimitado por la decisión pura y simple de suprimir, fusionar o reestructurar la entidad, sino que comprende la facultad de dictar todas las medidas legislativas que tengan una relación necesaria con la decisión central, de tal manera que esta última tenga unas consecuencias reales en la vida jurídica.

Por ejemplo, si se suprime una entidad es connatural a esa decisión definir el destino de sus bienes y determinar cuál otra va a asumir sus funciones, a no ser que el Estado decida abandonar el ejercicio de esas funciones.

En ese orden de ideas y concretamente con la decisión de reestructuración, como es el caso *sub judice* respecto de la Superintendencia de Industria y Comercio, esa facultad conllevaba la de disminuir o ampliar sus funciones y consecuentemente con ella, si esa disminución o ampliación de funciones afecta la conducta de los particulares, ello no es extraño por sí mismo ya que es de la esencia de las funciones públicas y sobre todo de la función legislativa, regular las relaciones entre gobernantes y gobernados, de tal manera que, salvo el ejercicio de funciones entre entidades del Estado, lo normal es que la actividad de estas se ejerza respecto de los particulares.

SECCION PRIMERA

Debe hacer notar la Sala que no le asiste razón al actor cuando acude a la sentencia del 20 de octubre de 1992 (Expediente No.D-039), mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexequibles algunas normas del Decreto Ley 1472 de 1990, que reorganizó la Superintendencia Nacional de Salud, por considerar que la facultad de reformar la estructura de la entidad no comprendía la de crear o autorizar la creación de nuevas contribuciones y que el actor pretende extender a la imposibilidad de fijarle a la entidad nuevas funciones o competencias, por las razones elementales de que en ese caso se trataba del ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por una ley, con los límites precisos contenidos en la misma, y porque en el mismo caso se trataba de la facultad para reestructurar **una** entidad, lo cual es obvio que limitaba la reestructuración al marco preexistente para ella, mientras que en el caso del artículo 20 transitorio se trataba de facultades para reestructurar, por disposición directa de la Constitución y con las solas limitaciones de dicho precepto, **todas** las entidades de la rama ejecutiva nacional y las adscritas y vinculadas a ella.

Como consecuencia de las argumentaciones anteriores y aplicando las premisas resultantes de ellas, la Sala concreta su respuesta a los cargos de la demanda en los siguientes términos respecto de cada una de las normas demandadas del Decreto 2153 de 1992:

1.- **En relación con los numerales 2 y 5 del artículo 2**, el gobierno estaba habilitado para, a través de normas con categoría de ley como las citadas, establecer que la Superintendencia puede imponer las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que imparta en materia de prácticas comerciales restrictivas, promoción de la competencia y protección al consumidor.

Por lo tanto, el cargo no prospera:

2.- **En relación con los numerales 15 y 16 del artículo 4,** por tratarse de normas con categoría de ley, el gobierno estaba habilitado constitucionalmente para modificar el monto de las sanciones previstas en otras normas legales, pero cuya imposición corresponde a la Superintendencia como una de sus funciones. Respecto de la posible violación del artículo 29 de la Constitución por el hecho de que la cuantía de la multa se fije en salarios mínimos **vigentes al momento de la imposición de la sanción y no al momento de ocurrida la conducta**, por lo cual sería retroactiva, la Sala no encuentra que dicha retroactividad se presente en la norma legal acusada, pues es obvio que ella solo tiene aplicación en relación con las conductas ocurridas con posterioridad a su entrada en vigencia, sin que la actualización de la sanción sobre esas conductas posteriores pueda considerarse una aplicación retroactiva, ya que esta solo se daría si la administración pretendiera aplicar la nueva sanción a conductas anteriores, caso en el cual la ilegalidad sería del acto sancionatorio.

En consecuencia, el cargo no prospera.

3.- **En relación con el artículo 44**, considera la Sala que no le asiste razón al actor en su afirmación de que el gobierno no estaba facultado para prescindir de la ley al referirse al tema de la "posición dominante", puesto que, como quedó sentado, el decreto demandado tiene la categoría de ley, de tal manera que a través de él no se está violando el artículo 333 de la Constitución, además de que, como lo demuestra la defensa, el tema mencionado debe entenderse implícito en las normas legales que regulaban desde antes la materia. Lo anterior implica, de otra parte, que aún en el caso de que este tema fuera, como lo plantea el actor, objeto de una ley estatutaria, mientras ella se expide conservan su vigencia las normas legales anteriores que regulan la materia.

4.- En relación con los artículos 45, 46, 47, 48 49 y 50, respecto de los cuales el actor expresa que también violan el artículo 20 transitorio por cuanto nada tienen que ver con las funciones a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio sino con la regulación de la libertad económica y el desarrollo de preceptos constitucionales, la Sala encuentra que todas esas normas fueron dictadas "para el cumplimiento de las funciones a que se refiere" el artículo 44, que son las "relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias", lo cual indica que el gobierno partió de la base de la vigencia de dicha ley y que las mismas disposiciones constituyen desarrollos adicionales de ella, como lo plantea la defensa, sin que el ataque genérico de la demanda permita constatar su inconstitucionalidad, sino que más bien denoten la expedición de normas legales complementarias a las existentes, como resultado y en relación estrecha con la reestructuración de la Superintendencia.

Por consiguiente, este cargo tampoco prospera.

De acuerdo con todo lo anterior, si la Sala no encuentra la contrariedad de las normas acusadas con el artículo 20 transitorio de la Constitución, dicha conclusión implica, a su vez, que no se violaron los artículos 6, 114, 121, 123, 189 y 333 de la Constitución Política, en la forma planteada por el actor.

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 administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- **DENIEGANSE** las súplicas de la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos del proceso, la cual no fue utilizada.

Tercero.- En firme esta sentencia, comuníquese a los señores Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que firmaron el acto demandado y al Superintendente de Industria y Comercio, y archívese el expediente.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO PARTICULAR / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia / EXPROPIACION

Los actos acusados no son susceptibles de demandarse en ejercicio de la acción de nulidad sino de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en razón a que dichos actos afectan exclusivamente el derecho de propiedad que sobre un predio detenta una persona jurídica. Mediante la demanda incoada con base en el art. 84 del C.C.A. se persiguió la declaratoria de nulidad de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas frente a los cuales la ley no ha previsto expresamente el ejercicio de la acción de nulidad. La declaratoria de interés público y social que recayó sobre el predio, afecta en forma directa y exclusiva el derecho de propiedad que sobre el mismo detente su titular. Además, la Sala considera que la naturaleza jurídica de los actos acusados, como actos creadores de situaciones jurídicas individuales no se ve afectada por haberse omitido en ellos la designación del propietario de dicho predio, pues su carácter de tales se deriva de haber creado una situación jurídica particularizada en quien es el titular del derecho de propiedad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2376 Actor : PEDRO SIMON VARGAS SAENZ

SECCION PRIMERA

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por los irepugnantes de la demanda contra la sentencia primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 9 de marzo de 1993.

I.- ANTECEDENTES:

a.- **El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.**

"El ciudadano Pedro Simón Vargas Sáenz, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá la declaratoria de nulidad de los Acuerdos Nos. 027 de 6 de septiembre de 1989 "por el cual se declara de interés público y social un bien inmueble sin indemnización y se delegan algunas funciones al Alcalde Mayor de la ciudad", y 010 de 15 de junio de 1990, "por el cual se hace modificación y se adiciona el Acuerdo No. 027 de septiembre 06 de 1989" expedidos por el Concejo Municipal de Tunja.

b.- **Los actos acusados:**

Son los siguientes:

1o. Acuerdo No. 027 de 1989

Mediante dicho acto el Consejo Municipal de Tunja, expresando hacer "...uso de sus atribuciones legales y en especial de las conferidas por los artículos 30 y 197 de la Constitución Nacional en concordancia con los artículos 44, 45, 92 del Decreto 1333 de 1986, Artículos 9 y 10 literal LL; 11, 12, 44, 45, 48, 53, 54, 55, 58 mas concordantes de la Ley 09 de 198911, declaró de interés público y social el predio urbano denominado "El Carvajal" hoy "Barrio ASIS BOYACENSE" ubicado anteriormente en la Vereda la Colorada, en la actualidad en el Barrio Asís Boyacense de la ciudad de Tunja ... ", determinado por los linderos que allí se consignan (art. 1o.); concedió autorizaciones al Alcalde para adelantar el proceso de expropiación sin indemnización sobre dicho predio, con base en los artículos 10 literal LL, 53 y concordantes de la Ley 9a. de 1989 y sus decretos reglamentarios (art. 3o.); autorizó al Alcalde para que legalizase los terrenos expropiados y fuesen adjudicados a quienes demostrasen " ... la posesión de buena fe con justo título y/o con pruebas que ameriten posesión", a las cuales se refiere su parágrafo (art. 4o.) y determinó los requisitos a cumplirse para la validez del acuerdo (art. 5o.).

2o. Acuerdo No. 010 de 1990:

Mediante el mencionado acto, previa consideración acerca de "Que es necesario para la ejecución y reglamentación a que se refiere el Artículo Tercero del Acuerdo No. 027 de 1989, hacer mención de los beneficiarios del Barrio Asís Boyacense, que han demostrado de buena fe posesión y dominio de los predios sobre los cuales debe operar la expropiación con base en el Artículo Décimo Literal ll) de la Ley 09 de 1989", modificó el artículo 2o. del Acuerdo 027 de 1989, en el sentido de autorizar al Alcalde "... para adelantar proceso de expropiación sin indemnización alguna, sobre los predios declarados de interés público y social y a los beneficiarios que a continuación se relacionan, aplíquese el Artículo Décimo literal ll), y/o artículo 53 y concordantes de la Ley 09 de 1989" (art. 1o.); modificó el artículo 3o. del citado Acuerdo 027, en el sentido de delegar en el Alcalde la facultad de reglamentar el Acuerdo en el término de 6 meses prorrogables por 2 períodos iguales, y ejecutar dicho acto de conformidad con la Ley 9a. de 1989 y sus decretos reglamentarios (art. 2o.); modificó el artículo del citado Acuerdo 027 de 1989, para indicar cuáles pruebas se tendrían como de domino y posesión (art. 3o.); adicionó como artículo 6o. del Acuerdo 027 de 1989 una disposición relativa a que los gastos notatoriales que acarrea la escrituración por parte del municipio a favor de las personas relacionadas en el artículo primero, correrán por cuenta de los beneficiarios (art. 4o.) y fijó la fecha de su vigencia (art. 5o.).

c.- **Los hechos de la demanda**:

Estos se contraen, básicamente, al proceso de expedición de los actos acusados, pues, por lo demás, y con evidente falta de técnica jurídica, en tal *acápite* de la demanda se argumenta sobre la improcedencia jurídica de haberse adoptado las determinaciones en ellos contenidas y a formular en su contra el cargo de desviación de poder, el cual se resumirá en el siguiente literal (fls. 23 a 28 Cdno. Ppal.).

d.- **Las normas presuntamente violadas Y el concepto de violación.**

En contra de los actos acusados, el actor formula los cargos que se resumen a continuación (fls. 23 a 30 *ibídem*):

Primer cargo.- Desviación de poder, pues el verdadero fin que se persiguió con la expedición de los actos acusados fue el de privar a la venerable Orden Tercera Franciscana de Tunja, propietaria del predio pretendido por el Municipio, de las garantías e indemnizaciones que le concede la ley, y no el de, satisfacer el interés público para los fines previstos en las normas constitucionales y legales con base en las cuales el Concejo se atribuyó la competencia para

dictarlos. En efecto, el Concejo Municipal de Tunja, con pleno conocimiento, desconoció por su voluntad " ... el derecho inscrito a nombre de su legítima propietaria, la Venerable "ORDEN TERCERA FRANCISCANA", a quien ni citan en el mismo, limitándose a describir por su cabida y linderos, y aportando los números de los títulos de adquisición del inmueble y de su correspondiente Registro en la Oficina de Instrumentos Públicos de Tunja, de donde deriva la titularidad en nombre de la comunidad citada".

A pesar de que el artículo 10o. literal LL) de la Ley 9a. de 1989 regula la expropiación de bienes inmuebles para la legalización de títulos en urbanizaciones de hecho o ilegales, debe tenerse en cuenta que la Urbanización Asís Boyacense fue constituida conjuntamente entre la mencionada comunidad y el Municipio de Tunja, a través de sus Oficinas de Planeación, Obras Públicas, etc. previo concepto favorable de la Superintendencia Bancaria.

Segundo cargo. Violación de los artículos 16 y 30 de la anterior Constitución Política, el cual se fundamenta en razones similares a las expresadas en el cargo precedente y, adicionalmente, en que con los actos acusados se desconoció la obligación del Estado de proteger los bienes de la Venerable Orden Tercera Franciscana de Tunja, como persona jurídica que es, y cuyo reconocimiento como tal fue dado por Resolución de 1o. de octubre de 1912, publicada en el Diario Oficial del 9 de octubre del mismo año.

e. **Las razones de la defensa:**

En la contestación de la demanda, la parte demandada, con base en múltiples argumentaciones jurídicas, se opone a las pretensiones del actor, pues considera que los actos acusados se ajustan a las disposiciones constitucionales y legales en ellos citadas (fls. 191 a 199 *ibídem*).

f.- **Las razones de la impugnación**:

Al proceso concurrieron como impugnantes de la demanda un total de 128 ciudadanos, quienes a través de apoderado dieron contestación a la demanda. En el escrito de dicha contestación los impugnantes plantean las siguientes excepciones:

a) "Equivocada e impertinente la acción administrativa" la cual se fundamenta, en síntesis, en que los actos acusados, por crear o conllevar no sólo potencial sino realmente consecuencias jurídicas lesivas de los derechos que sobre un bien inmueble detenta una persona jurídica determinada, no son posibles de la acción de nulidad sino de la acción de restablecimiento del derecho, más aún si se considera que ellos se ejecutaron mediante las Resoluciones

Nos. 450 de 17 de agosto de 1990 y 13 de 25 de enero de 1991, expedidas por el Alcalde de Tunja. En sustento de lo anterior, transcriben apartes del auto de 19 de septiembre de 1986, proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.

b) Inepta demanda, la cual se hace derivar de que el libelo de la misma adolece de algunos de los requisitos contemplados en el artículo 137 del C.C.A.

Los argumentos tendientes a desvirtuar las violaciones normativas aducidas en la demanda, se encuentran contenidos en el mismo escrito de impugnación, a folios 203 a 217 *ibídem.*

g. **Las razones del curador *ad litem***

Las personas que no pudieron ser notificadas del auto admisorio de la demanda conforme a lo dispuesto en él, fueron representadas por un curador *ad litem*, quien en la contestación de la demanda expresa que carece de elementos de juicio para oponerse a sus pretensiones, por lo cual se atiene a las resultas del proceso (fls. 228 a 229).

h. **La actuación surtida**:

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 29 de agosto de 1990 se admitió la demanda y se dispuso darle el trámite de rigor (fl. 32 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 29 de mayo de 1991 se denegó la solicitud de dar por terminado el proceso, formulada por los impugnantes de la demanda (fls. 185 a 186 *ibídem*).

Por autos de 10 de julio de 1991 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, por los impugnantes y por el curador *ad litem* (fl. 1 Cdno. No. 3), Fls. 1 a 2 Cdno. No. 4 y Fl. 1 Cdno. No. 2).

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión sólo hizo uso de tal derecho el apoderado de los impugnantes (fls. 368 y 373 a 381 Cdno. Ppal.).

SECCION PRIMERA

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal *a quo* declaró sin fundamento las excepciones planteadas por los impugnantes de la demanda y declaró la nulidad de los actos acusados, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 389 a 418 Cdno. Ppal.):

En cuanto a la excepción de equivocada escogencia de la acción ejercida, y luego de una atenta lectura de los actos demandados, se intelige que la "autorización para iniciar el proceso expropiatorio" no se refiere a ningún bien de la Orden Tercera Franciscana sino al predio denominado "El Carvajal", descrito en el artículo 1o. del Acuerdo No.027 de 1989, lo cual, con la aclaración contenida en el artículo 1o. del Acuerdo No. 10 de 1990, lleva a la conclusión de que " ... la expropiación se autoriza para proceder sobre predios poseídos por los beneficiarios, que justamente son los mismos ciudadanos que se presentan como impugnadores y que ahora han dado poder al excepcionante para que los represente en el juicio (se subraya para resaltar) , de tal suerte que la Orden Tercera no aparece indicada en ninguno de los textos de los acuerdos demandados como el particular en contra de quien se va a surtir la expropiación..." (paréntesis y subrayas del Tribunal). Lo anterior permite concluir que " ...manifiesta la sentencia de razón del excepcionante, más aún si ni siquiera la Orden Tercera ha dado poder, y la demanda la intenta el ciudadano Pedro Simón Vargas en condición de tal, esto es de simple ciudadano".

En lo referente a la excepción de inepta demanda, el Tribunal considera que ella no puede prosperar, pues si bien su libelo adolece de técnica jurídica, él reúne las ritualidades señaladas en el artículo 137 del C.C.A. Además, debe tenerse en cuenta el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal de origen, luego de describir los diferentes procedimientos legales que regulan la expropiación, considera que "... la intencionalidad de la voluntad plasmada en el acuerdo ..." resulta distorsionada frente a las normas que se analizan, pues " ... por los antecedentes administrativos de los acuerdos..." se desprende que dicha intencionalidad "...hallábase orientada a sanear un problema de titulación de vivienda de interés social, y que conforme se puede auscultar, llevó al Concejo Municipal a utilizar la aplicación de un mecanismo jurídico reservado para propietarios de fondos urbanos que en comportamientos inmorales, abusaron del derecho de propiedad a costa de la necesidad de vivienda, de sectores desvalidos de la sociedad".

Lo anterior lleva al Tribunal *a quo* a considerar que "Es objetiva la falsa motivación de los acuerdos demandados, pues la causa jurídica invocada para

la expedición en sus temas puntales de la autorización de expropiación sin indemnización, resulta cierta, esto es producto de una reprochable aplicación de la ley que ocurre cuando el poder administrador decide invocando normas extrañas al supuesto fáctico por regular en un momento determinado".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Los fundamentos del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia son, en resumen, los siguientes (fls. 5 a 15 Cdno. No. 6):

En lo que concierne a las excepciones de equivocada e impertinente acción ejercida y de inepta demanda, el recurrente reitera, en esencia, los mismos argumentos que en su sustento expresó en el escrito de impugnación de la demanda y solicita que, por encontrarse plenamente respaldadas jurídica y procesalmente, se declare su prosperidad.

De otra parte, el recurrente controvierte las razones de fondo por las cuales el Tribunal *a quo* declaró la nulidad de los actos acusados.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO:

En el alegato de conclusión presentado por la parte actora en el trámite de la segunda instancia se expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 20 a 22 Cdno. No. 6):

La acción de nulidad se ejerció en aras de impedir que los actos demandados afecten los " ... intereses de una gran mayoría y de una respetable Comunidad de esta ciudad, que ha sido ejemplo de eficacia y entrega desinteresada a la Comunidad".

Ni los moradores de la Urbanización Asís Boyacense, impugnantes de la demanda, ni su apoderado lograron entender que la parte motiva de los Acuerdos acusados anula su parte resolutiva, que no hubo claridad jurídica en su adopción y que se obro con ligereza "... por quienes quisieron aparecer en las elecciones posteriores a su expedición como sus redentores, quienes les darían títulos escriturarios, pasando por sobre derechos perfectamente determinados en favor de la ORDEN TERCERA FRANCISCANA DE TUNJA y de los cientos de moradores o residentes que habían obtenido la posesión...".

De otra parte, dada la precisión y claridad de los análisis jurídicos de la sentencia, los cuales se fundamentan en las pruebas que se produjeron durante el proceso, se solicita su confirmación, pues "... es de bulto, de justicia, no amparar la arbitrariedad manifiesta en RESOLUCIONES EJECUTIVAS

encaminadas a extinguir a su capricho o bajo el amparo de innobles intereses, los derechos de dominio y propiedad ... " de la Orden Tercera Franciscana y de decenas de familias.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En su concepto de fondo, la señora Procuradora Primero Delegada ante esta Corporación, luego de analizar los cargos formulados en el recurso de apelación, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde a la Sala analizar, en primer término, las excepciones que, planteadas por el recurrente en el escrito de impugnación de la demanda, fueron declaradas sin fundamento en la sentencia de primera instancia y las cuales se reiteran en el recurso de apelación.

Primera excepción: "Equivocada e impertinente acción administrativa", por cuanto los actos acusados no son susceptibles de demandarse en ejercicio de la acción de nulidad sino de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en razón a que dichos actos afectan exclusivamente el derecho de propiedad que sobre el predio denominado "El Carvajal" detenta la persona jurídica denominada Orden Tercera Franciscana de Tunja.

Para declarar su no prosperidad, el Tribunal a quo se paso concretamente en que la autorización concedida en los actos demandados para iniciar el proceso expropietario "... no la destina el cabildo municipal frente a la Orden Tercera Franciscana sino directamente sobre un predio denominado "El Carvajal" y que con la aclaración del Art. 1o. del Acuerdo 010, la expropiación se autoriza para proceder sobre predios poseídos por los beneficiarios ... (...) ... de tal suerte que la Orden Tercera no aparece indicada en ninguno de los textos de los acuerdos demandados como el particular en contra de quien se va a surtir la expropiación..."

Ahora bien, luego de analizar los fundamentos de dicha excepción y de la apelación, la Sala considera que ella está llamada a prosperar, por las siguientes razones :

1o.- Porque mediante la demanda incoada con base en el artículo 84 del C.C.A. se persiguió la declaratoria de nulidad de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas frente a los cuales la ley no ha previsto expresamente el ejercicio de la acción de nulidad. En este sentido, y a

partir de la providencia de 2 de agosto de 1990, de la cual fue Ponente el Consejero de Estado doctor J. Pablo Cáceres Corrales, proferida dentro del expediente No. 1482, actor : Oswaldo Cetina Vargas, la jurisprudencia de esta Sección ha sido constante y reiterativa.

En efecto, de la simple lectura de los actos acusados para la Sala no cabe la menor duda sobre su naturaleza de actos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, pues la declaratoria de interés público y social que recayó sobre el predio denominado "El Carvajal", contenida en el artículo 1o. del Acuerdo No. 027 de 1989, afecta en forma directa y exclusiva el derecho de propiedad que sobre el mismo detenta su titular. Además, la Sala considera que la naturaleza jurídica de los actos acusados, como actos creadores de situaciones jurídicas individuales no se ve afectada por haberse omitido en ellos la designación del propietario de dicho predio, pues su carácter de tales se deriva de haber creado una situación jurídica particularizada en quien es el titular del derecho de propiedad.

De otra parte, la Sala considera que los actos acusados tampoco pierden la mencionada naturaleza jurídica por el hecho de que en el artículo 1o. del Acuerdo No. 010 de 1990 se mencionen a, determinadas personas, pues, por el contrario, la identificación de ellas, así sean numerosas, confirma, ya no solo desde el punto de vista del sujeto afectado con el acto, sino respecto de los sujetos beneficiarios del mismo, su carácter de actos de naturaleza particular o individual.

2o.- Porque si bien el artículo 22 de la Ley 9a. de 1989 consagra la procedencia de la acción de nulidad respecto del acto que ordene una expropiación,en este caso no se da dicha hipótesis, pues en los actos demandados no se adoptó decisión de tal naturaleza, sino simplemente la de declarar de utilidad pública y social dicho predio, mientras que la decisión de expropiación solo se produce en el curso del proceso de expropiación, para cuyo adelantamiento se autorizó al Alcalde de Tunja en los artículos 2o. de los Acuerdos Nos. 027 de 1989 y 010 de 1990.

3o.- Porque si a pesar de ejercerse la acción de nulidad se interpreta la demanda, como lo hace la Sala en estos casos, para determinar si es viable la de nulidad y restablecimiento del derecho, ella tampoco sería procedente, pues para que dicha acción subjetiva proceda es requisito fundamental que el actor tenga un interés en la declaratoria de nulidad, que se traduzca en el restablecimiento de un derecho subjetivo que le haya sido violado o desconocido con los actos, circunstancia esta que no se plantea en la demanda, ya que, por el contrario, en ella se insiste en que el sujeto afectado es la ORDEN TERCERA FRANCISCANA DE TUNJA, quien no es parte en el proceso.

La prosperidad de la excepción analizada, cuya declaratoria se hará en la parte dispositivo de esta sentencia, hace innecesario estudiar la segunda de ellas, planteada por el recurrente.

En consecuencia, la Sala, a pesar de su preocupación por evitar fallos inhibitorios, en el caso *sub judice* se encuentra inexorablemente ante una demanda que no debió haber sido admitida por el Tribunal de origen, lo cual impide un pronunciamiento de fondo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de la Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 9 de marzo de 1993 y, en su lugar, DECLARASE INHIBIDO para pronunciarse sobre el fondo del asunto, por las razones expuestas, en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS - Facultades / ACTO GENERAL / POTESTAD REGLAMENTARIA / CONCESION PORTUARIA / SOCIEDAD PORTUARIA

Debe distinguirse entre la postestad reglamentaria en estricto sentido y la facultad de dictar normas generales, de la cual pueden estas investidas, por disposición legal, diversas autoridades. Una cosa es la potestad de reglamentar la ley, cuando ello es necesario para que esta sea cumplida, cometido que corresponde al Presidente de la República, y otra muy diferente, son las competencias legalmente atribuídas a determinadas autoridades para que cumplan o ejecuten determinadas funciones, y que pueden traducirse en actos de carácter general. La definición de los términos en los cuales se otorgarán concesiones portuarias a las sociedades portuarias que se crean para utilizar los activos de la Empresa Puertos de Colombia, no es el ejercicio del poder reglamentario respecto del art. 38 de la Ley la de 1991, para hacer posible su cumplimiento, sino su cumplimiento mismo por la Superintendencia General de Puertos, o sea, el ejercicio de una función que el fué atribuido por aquella norma legal. 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. Cuando en el art. 34 de la Ley la de 1991 se dispuso que la Nación invitaría públicamente a participar en la constitución de sociedades portuarias regionales, sin establecer expresa y concretamente cuál autoridad debía cumplir esa función, es claro que la atribuyó a la Superintendencia General de Puertos, órgano de la Nación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2232. Actor: GERMAN ALFONSO OLIVEROS CASTRO.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Germán Alfonso Oliveros Castro, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra la Resolución No.113 de 5 de noviembre de 1992, expedida por la Superintendencia General de Puertos.

I. ANTECEDENTES

a. El acto acusado

Es la resolución citada anteriormente, "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", constante de 15 artículos y que obra a folios 64 a 69 del expediente.

b.- Los hechos de la demanda

Como hechos, el actor cita y resume todos y cada uno de los artículos que conforman el acto acusado (fls. 20 a 22).

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en la demanda como en el alegato de conclusión (fls. 23 a 55 y 157 a 165):

Primer cargo.- Se violan los artículos 189-11 y 84 de la Carta Política, por cuanto la resolución acusada sólo podía regular aspectos técnicos administrativos relacionados con el funcionamiento de la Superintendencia General de Puertos, no obstante lo cual ella pretende, según lo reconoce su artículo 4o., constituir toda una reglamentación de la Ley 1a. de 1991, en lo atinente a concesiones portuarias, sociedades portuarias regionales y otros temas afines o complementarios, función que corresponde privativamente al Presidente de la República, quien ya había, además, dictado los correspondientes reglamentos mediante los Decretos Reglamentarios 708 de 27 de abril de 1992 y 838 de 28 de mayo del mismo año, y había expedido normas especiales para

la formación de las sociedades portuarias regionales a través del Decreto Extraordinario 2910 de 30 de diciembre de 1991.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 115 y 208 de la Constitución porque el Superintendente General de Puertos usurpó la representación de la Nación al asumir la dirección administrativa que corresponde, en el presente caso, "al Presidente de la República y al Ministro de Obras Públicas y Transporte" para ejercer las facultades que la Ley le otorga a aquella en los artículos 34 y 38 de la Ley 1a. de 1991.

Tercer cargo. - Violación de los artículos 123 y 6o. de la Carta por no haber ejercido el Superintendente General de Puertos sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, pues al expedir el acto acusado se apartó del listado taxativo de atribuciones que le señala el Decreto Extraordinario No. 2681 de 29 de noviembre de 1991 y asumió otras que no se contemplan allí expresamente.

Cuarto cargo.- Sostiene el actor que el epígrafe del acto acusado viola los artículos 9o., 38 y 34 de la Ley 1a. de 1991 que conceden facultades a la Superintendencia General de Puertos para otorgar concesiones a las personas que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha ley, por cuanto discrimina y excluye a las Sociedades Portuarias no regionales que se constituyan para utilizar los activos de Puertos de Colombia, y por cuanto invita a participar en la constitución de sociedades portuarias regionales.

Quinto cargo.- Señala el demandante que al invocar el Superintendente General de Puertos los artículos 34 y 38 de la ley 1a de 1991 como fundamento para expedir la resolución acusada, infringió esas mismas normas por cuanto está claro que sólo al Gobierno - Presidente de la República y Ministro de Obras Públicas y Transporte - le corresponde efectuar la reglamentación contenida en dicha Resolución.

Sexto cargo.- El artículo 1o. de la resolución demandada infringe los artículos 5, numeral 5.1; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 27, numeral 4; 33; 35-inciso 5; y 38 de la Ley 1a. de 1991, por cuanto tales normas, armónicas entre sí, no conceden ninguna autorización a la Superintendencia General de Puertos para "otorgar en concesión los activos de Puertos de Colombia en liquidación", sino para algo bien distinto como es la facultad de otorgar concesiones portuarias, es decir, para autorizar la utilización temporal de playas y bajamares y de las zonas marítimas adyacentes a ellas, que como se sabe son "bienes de uso público".

SECCION PRIMERA

Los textos de los artículos 33 -parte final de su inciso primero y 35 - inciso final- confirman que los bienes de la Empresa Puertos de Colombia o se venden o aportan a las Sociedades Portuarias Regionales, pero no establecen que la Superintendencia General de Puertos pueda entregarlos en concesión, por lo que al hacerlo a través de la resolución demandada se apartó de la ley.

Séptimo Cargo.- Al disponer el artículo 2o. de la resolución acusada que los "bienes enajenables que sean necesarios para el funcionamiento de las Sociedades Portuarias Regionales" se entregarán por la Superintendencia General de Puertos en concesión, se quebrantan el artículo 2o., literal c) y el artículo 3o., literales c), k), 1) y n) del decreto extraordinario No.36 de 1992, por cuanto "la ley le entregó la administración de los bienes de Colpuertos que pasen, a la Nación, al Fondo de Pasivo Social, entidad esta que a nombre de la Nación asume el pago del pasivo laboral y de la deuda interna y externa de Colpuertos y que por lo tanto recibe como retribución los bienes que no se aporten a las Sociedades Portuarias Regionales".

Por otra parte, tampoco puede la Superintendencia General de Puertos entregar "las vías" en concesión, pues la ley solo la faculta para otorgar concesiones portuarias.

Igualmente, indica que se infringen los artículos 33 y 35 de la Ley 1a. de 1991 porque los aportes de los bienes de Puertos de Colombia a las Sociedades Portuarias Regionales corresponde hacerlo a Colpuertos "a nombre de la Nación" y no a la Superintendencia General de Puertos.

Octavo cargo.- El artículo tercero de la resolución demandada es violatorio de los artículos 1; 2, numerales 2.4 y 2.5; 5, numerales 5.2 y 5.20; 7; 9; 19; 20; 21; 22; 33; 34; 35; 38 de la Ley 1 de 1991; los artículos 2, literal c); 3 literales k, 1 y h y 11 del Decreto Extraordinario 36 de 1992; los artículos 16 a 26 del Decreto Reglamentario 2147 de 1991; los artículos 1, 3, 4, 6 y 11 del Decreto Reglamentario 2681 de 1991; artículos 3, 6 y 7 del Decreto Extraordinario- 2910 de 1991; y Título VI 2o. (sic) del Código de Comercio, por cuanto si la Superintendencia General de Puertos no tiene facultad legal para entregar en concesión los activos de Puertos de Colombia, tampoco puede exigir ningún tipo de garantía por ello.

Noveno cargo.- El artículo 4o. de la resolución impugnada prevé que las concesiones podrán prorrogarse por "mutuo acuerdo entre las partes", desconociendo que es el Estado quien impone las condiciones que el concesionario debe aceptar, las cuales están consagradas en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 1a. de 1991, y que conforme al artículo 8o, *ibídem,*

excepcionalmente las prórrogas podrán ser superiores a 20 años, pero a juicio del Gobierno, por lo que resulta infringida esta norma legal.

Décimo cargo. El artículo 5o. de la Resolución demandada infringe el artículo 38 de la Constitución Política y el artículo 98 del Código de Comercio al obligar a las Sociedades Portuarias Regionales a incluir dentro de su objetivo social aspectos que restringen su actividad, para poder obtener opción a recibir en concesión los bienes a que hace referencia la resolución acusada. También, infringe el artículo 5o., numeral 5.2 de la Ley 1a. de 1991 por cuanto esta disposición establece como parte del objeto social de dichas sociedades la "Operación de un puerto", y el artículo 30 *ibídem* que dispone que las sociedades portuarias pueden contratar con terceros la realización de sus actividades, o permitir que los terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones.

Décimo primer cargo.- Al disponer el artículo 6o. de la resolución impugnada que el contrato de concesión que se llegare a realizar podrá ser concedido únicamente mediante autorización previa y escrita de la Superintendencia General de Puertos, quebranta el artículo 2o. del Decreto Extraordinario No.36 de 1992 que le otorga la administración de los bienes de Colpuertos en Liquidación que no sean vendidos o aportados a una sociedad portuaria, al Fondo de Pasivo Social. También, dice el actor, transgrede los artículos 33 y 35 inciso 5o. de la Ley 1a. de 1991.

Décimo segundo cargo.- Afirma el actor que el artículo 7o. de la Resolución 113 de 1992 es violatorio de los artículos 2o,, numerales 2.4 y 2.5, y 7o. de la Ley 1a. de 1991, porque la Superintendencia General de Puertos no tiene competencia para fijar el monto de la contraprestación por la concesión de los bienes a que hace referencia dicha resolución.

Si la Superintendencia no tiene facultad legal para dar los bienes de la Empresa de Puertos de Colombia, en liquidación, en concesión, tampoco la tiene para fijar el monto de la llamada "contraprestación".

Conforme a los artículos 16 y 18 del Decreto 2147 de 1991, corresponde a la Superintendencia General de Puertos establecer "las fórmulas generales" para liquidar las tarifas correspondientes, pero ella no utilizó estas facultades para tal efecto, sino unas supuestamente consagradas en los artículos 34 y 38 de la Ley 1a. de 1991, en orden a fijar "contraposiciones" por el uso de todos los bienes de los puertos, resultando aquellas normas vulneradas al igual que el artículo 6o., numeral 10, del Decreto 2681 de 1991.

SECCION PRIMERA

Décimo tercer cargo. - Al obligarse por el artículo 8o. del acto demandado a las Sociedades Portuarias Regionales a crear un fondo destinando para ello una porción de las "tarifas" para hacer inversiones en mantenimiento y expansión portuaria, se viola el artículo 34 de la Ley 1a. de 1991 que señala que tales inversiones corresponden a la Nación, en cuanto se relaciona con los puertos públicos de la Costa Atlántica, y con el canal navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barranquilla.

También se infringen los artículos 19, inciso 2o. de la Ley 1a. de 1991 y 16 y 17 del Decreto Reglamentario 2147 de 1991, porque no se puede incluir en las tarifas costos que no sean típicos de la operación portuaria.

Además se quebrantan los artículos 1o., inciso 5o., 19, 20, 21 y 22 de la Ley 1a. de 1991 que establecen el principio de la competencia de la prestación del servicio portuario y consagran la posibilidad de dar libertad tarifaria, que se concretan en los artículos 14 a 18 del Decreto 2147 de 1991, pues por dicho artículo 8o., acusado, se obliga a las Sociedades Portuarias Regionales a asumir costos que no son iguales para todos sino que dependen de la voluntad del Gobierno de incluir determinadas obras dentro de los planes de expansión portuaria.

Décimo cuarto cargo.- Al señalar el artículo 9o. de la resolución acusada cuál ha de ser el capital suscrito mínimo de las Sociedades Portuarias Regionales para obtener la concesión de bienes de la Empresa Puertos de Colombia, se quebranta el principio de la autonomía de la voluntad privada, infringiéndose, así, él artículo 38 de la Carta que garantiza el derecho de libre asociación.

También el acusado artículo 9o., al desarrollar sólo la opción de la sociedad de capital mixto, viola el artículo 34 de la Ley 1a. de 1991 y los artículos 6o. y 7o. del Decreto 2910 del mismo año que establecen que en ningún caso las sociedades portuarias regionales podrán ser obligatoriamente mixtas.

Décimo quinto cargo.- El artículo 10o. del acto demandado transgrede el inciso 4o. del artículo 35 de la Ley 1a. de 1991, así como los artículos 6o. y 7o. del Decreto 2910 del mismo año, al limitar el aporte de la Nación en las sociedades portuarias regionales al 2% del capital suscrito y señalar que dicho aporte estará representado solamente en "derechos y bienes muebles" excluyendo los inmuebles.

Décimo sexto cargo.- Al disponer el artículo 11 de la resolución demandada que los municipios pueden pagar sus aportes con la totalidad o parte de la contraprestación que les corresponde, se infringen los artículos 9o.

del Decreto 2910 de 1991 y 7o. de la Ley 1a. del mismo año, por cuanto el 20% de la contraprestación que se fija en esta última disposición puede ser inferior o superior mas 15% del capital suscrito señalando en el artículo 9o. de la resolución acusada, pues todo depende tanto del monto de la contraprestación como del capital suscrito.

Y al omitir el artículo 11 demandado lo que prevé el artículo 9o. del Decreto 2910 respecto de la aplicación de la fórmula del Plan de Expansión Portuaria para el cálculo de la contraprestación en el respectivo puerto, infringe dicha norma, por defecto.

Décimo séptimo cargo.- Se acusa al artículo 12 de la Resolución 113 de 1992 de que al invitar públicamente a través de la Superintendencia General de Puertos a los interesados en obtener concesiones portuarias sobré los activos de la Empresa Puertos de Colombia, infringe los artículos 34 y 38 de la Ley 1a. de 1991 y el 211 de la Carta Política, por cuanto dicho organismo no puede asumir la vocería de la Nación ni el Presidente de la República lo autorizó para ejercer tal facultad.

Infringe igualmente el artículo 38 de la citada ley 1a. por cuanto ésta por su artículo 34 autoriza a la Nación, no a la Superintendencia, a invitar públicamente a participar en la formación de sociedades portuarias regionales, mas no a solicitar concesiones portuarias, y menos dentro de unos límites en el tiempo y acompañando una serie de documentos que no contempla la prenombrada ley, habiéndose producido así un exceso en la "reglamentación".

Décimo octavo cargo.- Al pretender imponer la Superintendencia General de Puertos por el artículo 13o. demandado una minuta de constitución de la Sociedad Portuaria Regional y una de contrato de concesión, se infringe el artículo 3o. del Decreto 2910 de 1991 que establece que tales sociedades se regirán por las normas mercantiles sobre sociedad anónima; por la Ley 01 de 1991, y por las del mismo Decreto 2910, que, en modo alguno señalan tal exigencia.

Décimo noveno cargo.- Por el artículo 14 del acto impugnado, que se refiere al cambio en las condiciones de la concesión, bajo permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, si ello alude a los bienes patrimoniales de la Empresa de Puertos de Colombia, hay que concluir, dice el actor, que dicha norma es violatoria de la ley porque la Superintendencia carece de facultades para aprobar cambios en una figura consagrada de manera diferente en nuestra legislación, según se desprende del artículo 674 del Código Civil.

SECCION PRIMERA

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 112 a 119 y 131 a 138):

Alega que la expedición de la resolución acusada no traduce el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 de la Carta, sino el cumplimiento de una competencia atribuida por la Ley 01 de 1991, de donde se desprende que el Superintendente General de Puertos no usurpó aquella potestad, sino que cumplió lo mandado por la Ley.

La Nación, que es persona jurídica, obra a través de sus órganos, uno de los cuales es la Superintendencia General de Puertos.

El texto del artículo 38 de la Ley 1a. de 1991, no deja dudas de que la definición de los términos en los cuales se otorgarán concesiones portuarias a las sociedades portuarias para utilizar los activos de la Empresa Puertos de Colombia, no es asunto que deba cumplir el Gobierno directamente, sino por conducto de la Superintendencia General de Puertos.

Respecto de la presunta violación de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 27 -numeral 27.4-, 33, 35 -inciso 5o.- y 38 de la Ley 1a. de 1991, debe tenerse en cuenta que además de la concesión portuaria por cuya virtud se permite la utilización temporal y exclusiva de playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias, para la construcción y operación de puertos, que es la concesión de que trata el artículo 5o., numeral 5.2., de la Ley 1a. de 1991, según lo dispuesto en el artículo 38 de la misma Ley, que trata de las concesiones portuarias relativas a instalaciones de la Empresa Puertos de Colombia, la Superintendencia puede otorgar concesiones portuarias para permitir la utilización de los activos de la Empresa Puertos de Colombia.

Aduce la demandada que las disposiciones acusadas están precisamente fundadas en las disposiciones de la ley 1a. de 1991, en especial en los artículos 34 y 38 de ésta, que se invocaron para su expedición, sin que ninguna de ellas haya sido vulnerada, como tampoco han sido infringidas las otras que el actor cita en su demanda y que corresponden a los Decretos 2147, 2681 y 2910 de 1991, que tratan sobre la materia a que se contrae la resolución atacada, todo lo cual, dice la apoderada de la Superintendencia General de Puertos, permite afirmar que la Resolución 113 de 1991 se ajusta a la ley.

e.- La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 2 de abril de 1993 (fls. 71 a 74) se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional solicitada.

Mediante proveído de 28 de junio de 1993, (fls. 127 a 128) se decretaron las pruebas que solo pidió la parte actora.

Mediante auto de 15 de julio de 1993 (fl. 30) se corrió traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual no hizo uso la parte actora.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Sostiene la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, que las funciones de la Superintendencia General de Puertos están especificadas, en el artículo 27 de la Ley 1a. de 1991, entre las cuales están la de otorgar las concesiones portuarias (ordinal 4.); ejercer las funciones y derechos que corresponden a Puertos de Colombia (ordinal 13); y ejercer las demás facultades de derecho público que no hayan sido atribuídas a otras autoridades ni resulten incompatibles con dicha Ley (ordinal 16).

Agrega que "El artículo 38 de la Ley en cita le da la competencia al Gobierno Nacional por conducto de la Superintendencia General de Puertos para definir los términos en los cuales se otorgarán concesiones portuarias a las Sociedades Portuarias que se creen para utilizar los activos de Puertos de Colombia. Y, aunque no lo diga de manera expresa el artículo 34, *ibídem* la autorización y funciones asignadas a la Nación en esta norma se entiende que habrán de cumplirse a través de la Superintendencia General de Puertos, creada para efectos de ejercer las actividades portuarias. Es lo que se desprende obviamente de todo el texto de la ley citada. Así, las Sociedades Portuarias Regionales sólo podrán actuar mediante concesión portuaria; sólo las Sociedades Portuarias Regionales podrán ser titulares de las concesiones portuarias, y la concesión portuaria sólo puede ser otorgada por la Nación a través de la Superintendencia General de Puertos, según los artículos 5o. numeral 2o. y 6o. de la comentada Ley. Y de acuerdo con el artículo 35 de la Ley, como la Nación asume los pasivos de la Empresa Puertos de Colombia, en contraprestación, es beneficiaria de los aportes que dicha Empresa haga a las Sociedades Portuarias Regionales".

En síntesis, expresa que comparte plenamente los argumentos dados por la apoderada de la Nación - Superintendencia General de Puertos- para solicitar la denegación de las súplicas de la demanda.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo primero que debe hacer notar la Sala es que mediante la sentencia del 13 de agosto de 1993 (Expediente No.2217, Actor : Alvaro Rocha Pardo, Consejero Ponente : Doctor Miguel González Rodríguez), esta misma Sección al resolver una demanda de nulidad de la totalidad del mismo acto administrativo aquí demandado (Resolución No.113 de 1992), denegó las súplicas de la demanda con excepción de la referente al artículo 5o. cuya nulidad fué declarada. No obstante lo anterior, advierte la Sala que sólo existe cosa juzgada en relación con la declaratoria de nulidad del citado artículo 5o., de conformidad con el artículo 175 del C.C.A., más no en relación con la decisión adoptada respecto de las demás normas de la resolución demandada por no existir coincidencia en la causa *petendi.*

En consecuencia, procede la Sala al examen de los cargos en el mismo orden en que han sido formulados en la demanda y reseñados en los antecedentes de esta providencia, así:

En relación con el primer cargo.- Se esgrime en esta censura que el Superintendente General de Puertos se atribuyó, al expedir la resolución acusada, la potestad reglamentaria que es privativa del Presidente de la República conforme al artículo 189-11 de la Carta Política.

Al respecto, la Sala, considera que debe distinguirse entre la potestad reglamentaria en estricto sentido y la facultad de dictar normas generales, de la cual pueden estar investidas, por disposición legal, diversas autoridades. En efecto, una cosa es la potestad de reglamentar ley, cuando, ello es necesario para que esta sea cumplida, cometido que, corresponde al Presidente de la República por disposición expresa del artículo 189-11 de la Carta y que no requiere texto legal que lo autorice o reitere, y otra, muy diferente, son las competencias legalmente atribuidas a determinadas autoridades en el caso *sub lite*, al Superintendente General de Puertos- para que cumplan o ejecuten determinadas funciones, y que pueden traducirse en actos de carácter general, como lo ha explicado esta Corporación, entre otras ocasiones, en sentencia de 29 de octubre de 1976 (Anales, tomo XCI, números 451 y 452, pág. 333).

La definición de los términos en los cuales se otorgarán concesiones portuarias a las sociedades portuarias que se creen para utilizar los activos de la Empresa Puertos de Colombia, que es a lo que se contrae la Resolución

acusada, no es el ejercicio del poder reglamentario del de la Ley 1a. de 1991, disposición esta que se invoca junto con el artículo 34 *ibídem* como fundamento de su expedición, para hacer posible su cumplimiento, sino su cumplimiento mismo por la Superintendencia General de Puertos, o sea, el ejercicio de una función que le fue atribuida por aquella norma legal.

A lo anterior se suma lo que esta Sala expresó en la sentencia de 13 de agosto de 1993, proferida en el expediente 2217 y con ponencia del Magistrado Miguel González Rodríguez, con respecto a la competencia de la Superintendencia General de Puertos para definir los términos para el otorgamiento de las concesiones portuarias e invitar a la constitución de las sociedades portuarias. Allí se dijo que cuando el artículo 5o, numeral 2o. de la Ley 1a. de 1991, define lo que debe entenderse por concesión portuaria, establece que ella es el acto administrativo en virtud del cual la Nación por intermedio de la Superintendencia 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 a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos, de lo cual 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, como lo precisa y aclara aún más el artículo 38 ibidem; y que cuando el artículo 34 de la misma Ley 1a. 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.

También es oportuno señalar que el artículo 1o. del Decreto 2681 de 1991 preceptúa que la Superintendencia General de Puertos está encargada de cumplir las funciones que le asigna la Ley 1a. de 1991.

Finalmente, el hecho de que el Presidente de la República hubiese dictado antes normas sobre la materia, no significa en modo alguno que la Superintendencia General de Puertos tuviese que inhibirse del cumplimiento de la función conferida a través de los artículos 34 y 38 de la Ley 1a. de 1991.

Por lo mismo tampoco puede afirmarse, como lo pretende el actor, que la resolución demandada viole el artículo 84 de la Carta, que prohíbe a las autoridades públicas establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho o una actividad cuando estos hayan sido reglamentados de manera general pues, de acuerdo con lo expresado, la resolución demandada hace parte de esa reglamentación en sentido genérico.

SECCION PRIMERA

En relación con el segundo cargo.- Se cuestiona la Resolución No. 0113 de 5 de noviembre de 1992 aduciéndose que la Superintendencia General de Puertos usurpa la representación de la Nación y la dirección administrativa que sólo al Gobierna compete según las previsiones constitucionales contenidas en los artículos 115 y 208, al ejercer las facultades que la Ley 1a. de 1991 le otorga a aquélla en sus artículos 34 y 38.

Mediante el artículo 34 de la Ley 1a. de 1991 se autorizó a la Nación para que invite públicamente a participar en la constitución de sociedades portuarias regionales a las entidades territoriales y a los empresarios privados. Pues bien, la Nación, como toda persona jurídica, obra a través de sus órganos, uno de los cuales es la Superintendencia General de Puertos, creada mediante el artículo 25 de la Ley 1a. de 1991. Las Superintendencias, es sabido, son organismos que cumplen algunas de las funciones que corresponden al Gobierno y las que les asigne la ley, dice el artículo 4o. del Decreto 1050 de 1968. Así, la Superintendencia General de Puertos es el organismo encargado de regular la actividad portuaria, según lo establece el artículo 26, inciso primero de la citada Ley 1a.; y tiene entre sus funciones todas aquellas relacionadas con dicha actividad que no hayan sido atribuidas a otras autoridades ni resulten incompatibles con la mencionada ley, según lo dispone su artículo 27, numeral 27.16, al igual que el artículo 29 del Decreto Ley 2681 de 1991.

En estas condiciones, cuando en el artículo 34 de la Ley 1a. de 1991 se dispuso que la Nación invitaría públicamente a participar en la constitución de sociedades portuarias regionales, sin establecer expresa y concretamente cuál autoridad debía cumplir esa función, es claro que la atribuyó a la Superintendencia General de Puertos, órgano de la Nación.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 1a. de 1991, 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...".Este texto no deja dudas en cuanto a que la materia en él contenida es asunto que debe cumplir el Gobierno pero "**Por conducto**" de la Superintendencia General de Puertos. Es decir, que corresponde directamente a ésta definir los términos en los cuales se otorgarán tales concesiones. De lo contrario, ningún sentido tendría la locución "por conducto de" empleada en la disposición. Es que, precisa reiterarlo, las superintendencias son organismos que cumplen funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que les asigna la ley, según los claros términos del citado artículo 4o. del Decreto 1050 de 1968.

No se trata, pues, de la usurpación de la representación de la Nación ni de la dirección administrativa, sino del cumplimiento de la ley, como acertadamente lo entendió la demandada.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo.- Se refiere esta censura a que por haber ejercido el Superintendente General de Puertos funciones distintas a las que le señala el Decreto 2681 de 1991, incurrió en violación de los artículos 123 y 6o. de la Carta Política.

Como quedó claramente señalado en el examen del primer cargo, la ley le atribuyó una competencia a la Superintendencia General de Puertos, y de conformidad con el artículo 123 de la Constitución los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en ella, en la ley y en el reglamento, de tal manera que al definir la Resolución 113, acusada, los términos en que se otorgan las concesiones a las sociedades portuarias que utilizarían los activos de Puertos de Colombia, la citada Superintendencia está cumpliendo el mandato de la ley, salvo que el actor demuestre en concreto que por alguna o algunas de las disposiciones del acto demandado se haya violado aquella en que se fundamentó para su expedición. Pero en los términos genéricos en que el actor plantea la censura no puede derivarse la violación del artículo 123 de la Carta, y menos aún, por consiguiente, del artículo 6o. *ibídem.*

De otra parte, la Superintendencia General de Puertos cumple el cometido del artículo 38 de la Ley 1a, de 1991 sin perjuicio de que deba cumplir las funciones que otras disposiciones legales le señalan y, en especial, las que le fija en 29 numerales el artículo 4o. del Decreto-Ley 2681 de 1991, muchas de las cuáles corresponden exactamente a las que se le atribuyen en la Ley 1a. de 1991.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el cuarto cargo.- Se predica en esta censura que el epígrafe de la resolución acusada es violatorio de los artículos 9o., 34 y 38 de la Ley 1a. de 1991 por cuanto excluye a las sociedades portuarias no regionales que se constituyan para utilizar los activos de Puertos de Colombia.

La Sala anota, en primer lugar, que el epígrafe es la expresión sintética del acto que se expide, constituye un elemento formal del mismo y no tiene entidad normativa, por lo cual no es susceptible de infringir normas de derecho ni de ser anulado.

Valga observar, no obstante, en cuanto a la supuesta exclusión de las sociedades portuarias no regionales, que la resolución demandada solo está dando cumplimiento a la ley que crea una categoría de sociedades, las portuarias regionales (artículo 34 de la Ley 1a. de 1991, concordante con el artículo 38 *ibídem*) para utilizar los activos de Puertos de Colombia, pudiendo los empresarios privados participar en la constitución de estas sociedades.

Resulta pues consecuente con la Ley 1a. que el epígrafe de la resolución acusada no se refiera a las sociedades portuarias no regionales que el actor sugiere, pues estas no están contempladas en aquella, pero aunque lo estuvieran y no figuraran en el título, ello no acarrearía la violación de las normas que indica el actor por parte del citado epígrafe, sino que la violación se daría por las normas propiamente dichas contenidas en el cuerpo del acto.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el quinto cargo.- Señala el actor que se infringen los artículos 34 y 38 de la Ley 1a. de 1991 porque sólo al Presidente de la República con el Ministro de Obras Públicas y Transporte (hoy Ministro de Transporte, conforme al Decreto 2171 de 1992) le corresponde efectuar la reglamentación contenida en la Resolución demandada.

Caben aquí, justamente, los mismos argumentos expuestos al examinar los cargos primero y segundo, a los cuales, en consecuencia, se remite la Sala y, por virtud de ellos mismos, este cargo tampoco prospera.

En relación con el sexto cargo.- Se acusa el artículo 1o. de la Resolución 113 de 1992 de infringir diversas normas de la Ley 1a. de 1991 porque ésta no autoriza a la Superintendencia General de Puertos para otorgar en concesión los activos de Puertos de Colombia en liquidación, sino para que tales bienes sean vendidos o aportados a las sociedades portuarias regionales, y para la utilización temporal de playas y bajamares y de las zonas marítimas adyacentes a ellas, como forma de concesión portuaria.

Como este cargo es fundamentalmente igual a uno de los analizados en la sentencia del 13 de agosto de 1993, ya citada, la Sala se remite a lo expresado en esa ocasión en los siguientes términos:

"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 dio 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 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 son 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 de Puertos de Colombia en liquidación, entendiéndose por estas los bienes muebles e inmuebles que sean necesario para èl 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*".

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

En relación con el séptimo cargo.- Al disponer, dice el actor, el artículo 2o. de la Resolución demandada que se entregarán por la Superintendencia General de Puertos en concesión los "...bienes enajenables que sean necesarios para el funcionamiento de las sociedades portuarias regionales...", se quebrantan los artículos 2o., literal c) y 3o., literales c), k), l) y ñ) del Decreto Ley 036 de 3 de enero de 1992, por cuanto conforme a estas normas legales se le entregó al Fondo de Pasivo Social de Colpuertos la administración de los bienes de esta empresa que pasen a la Nación.

De conformidad con el literal c) del artículo 2o. del Decreto 36, el Fondo de, Pasivo Social de COLPUERTOS, tiene como objeto, "Recibir y administrar directamente o a través de otra entidad los bienes que le transfiera la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, o la Nación, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 01 de 1991", es decir, que se trata sólo de los "... activos que no se vendan o que no se aporten a una sociedad portuaria...", los cuales "pasarán a ser de propiedad de la Nación por obra de esta Ley".

En concordancia con lo anterior, el artículo 3o., literal ñ) *ibídem*, establece como función para desarrollar dicho objetivo, "Efectuar los actos y operaciones para que los activos de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, que no se vendan o que no se aporten a una Sociedad Portuaria pasen a ser de su propiedad, según lo disponen los artículos 33 y 37 de la Ley 1a. de 1991;", disposición esta última (el art. 37) que previene la creación de un FONDO cuyo objeto,consiste en atender por cuenta de la Nación, los pasivos a los que se refieren los artículos 35 y 36 *ibídem*, los cuales asume la Nación y tienen un fin eminentemente social, como es el cubrimiento de las pensiones de jubilación y de las demás prestaciones sociales, al igual que para atender el pago de la deuda interna y externa.

Los otros literales que se indican como violados aluden a la manera como se deben cumplir las señaladas finalidades.

Se colige de lo anterior que los bienes a que se refieren las normas presuntamente infringidas son sólo los que no se vendan o que no se aporten a una sociedad portuaria regional, para que sean administrados por el Fondo de pasivo Social de COLPUERTOS, una vez recibidos de esta Empresa o de la Nación, pero sólo para efectos de atender obligaciones de carácter laboral de COLPUERTOS y atender el pago de la deuda interna y externa.

En cuanto a que tampoco puede la Superintendencia entregar las vías en concesión, a que se refiere el artículo demandado, el cargo queda desvirtuado claramente con lo expresado en la sentencia del 13 de agosto de 1993, en la cual, con fundamento en el análisis sistemático de los artículos 5o. numeral 5.2, 33, 35 inciso cuarto y 38 de la Ley 1a. de 1991, se llegó a la conclusión de que "la concesión portuaria bien puede recaer sobre las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, ... 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*".

Tampoco se infringen los artículos 33 y 35 de la Ley 1a. de 1991, porque, contrariamente a lo manifestado por el actor, no es cierto que esta ley disponga en dichas normas, ni ninguna otra, que los aportes de los activos de COLPUERTOS corresponda hacerlo a esta Empresa a nombre de la Nación y no a la Superintendencia General de Puertos.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el octavo cargo.- Como atrás quedó visto, en los antecedentes de esta providencia, el actor cita una larga lista de normas como presuntamente violadas por el artículo 3o. de la resolución demandada, aduciendo que si la Superintendencia General de Puertos no tiene facultad para entregar en concesión los activos de COLPUERTOS, tampoco puede exigir ningún tipo de garantía por ello.

Como el actor parte de una premisa que ya quedó desvirtuada al analizarse los cargos primero, segundo y sexto, en los cuales se demostró que la Superintendencia sí tiene facultad para entregar en concesión los activos de COLPUERTOS a las sociedades portuarias regionales, la deducción del censor resulta entonces sin fundamento, razón obvia para concluir que el cargo no prospera.

Además, como lo expresó la Sala en la citada sentencia del 13 de agosto de 1993 frente al cargo que se imputaba a este mismo artículo 3o. de la

resolución demandada, "... la respuesta a este cargo la dá 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".

En relación con el noveno cargo.- En este se acusa al artículo 4o. de la resolución impugnada por prever, dice el actor, que las concesiones podrán prorrogarse por mutuo acuerdo entre las partes, desconociendo que es el Estado quien impone las condiciones que el concesionario debe aceptar y las cuales están consagradas en los artículos citados de la misma ley.

A este respecto la Sala considera que como el mutuo acuerdo previsto en el artículo acusado está referido a la prórroga de la concesión, ello no resulta violatorio de las normas citadas por el actor por cuanto el posible acuerdo de prórroga no exonera del cumplimiento de las previsiones legales y obviamente, el mismo acuerdo está supeditado de hecho a que el concesionario acepte las condiciones que, dentro del marco de la ley, imponga el Gobierno. Por tanto, este cargo tampoco prospera.

En relación con el décimo cargo.- Se acusa el artículo 5o. de la resolución 0113 de 1992 de infringir los artículos 38 de la Carta, 98 del Código de Comercio y 5o.numeral 5.2 y 30 de la Ley 1a. de 1991, por cuanto por él se obliga a las Sociedades Portuarias Regionales a incluir dentro de su objetivo social aspectos que restringen su actividad.

La Sala se abstiene de considerar este cargo como quiera que la disposición aquí acusada desapareció del escenario jurídico desde cuando mediante sentencia de 13 de agosto del presente año se declaró por esta Sala su nulidad en el expediente 2217, atrás citado, por lo cual en la parte resolutiva se ordenará estarse a lo dispuesta en dicha sentencia.

En relación con el décimo primer cargo.- Se señala que al consagrar el artículo 6o. acusado la posibilidad de ceder el contrato de concesión solamente con la autorización de la Superintendencia General de Puertos, se quebranta el artículo 2o. del Decreto Ley 36 de 1992 que le otorga la administración de los bienes de COLPUERTOS en Liquidación que no son vendidos o aportados a una sociedad portuaria regional, al Fondo de Pasivo Social de esta Empresa.

Al respecto basta hacer notar que el demandante se da la respuesta en la misma censura, porque los bienes a que se contrae la concesión son los que no sean vendidos o pasen a ser propiedad de la Nación por virtud de la Ley 1a. de 1991; es decir, que el Fondo de Pasivo Social sólo recibirá y administrará bienes distintos a los que se entreguen a las sociedades portuarias regionales en concesión.

Y si como ha quedado demostrado a través de estos considerandos, es a la Superintendencia General de Puertos a quien compete no sólo expedir la resolución en la que conste el otorgamiento de la concesión portuaria (art. 38 de la citada Ley 1a.), sino celebrar el contrato administrativo a que se refiere el artículo 5o., numeral 5.2 *ibídem,* y al que se ha hecho referencia en otros cargos ya analizados, resulta apenas natural y lógico que sea ella quien debe autorizar la eventual cesión del referido contrato.

No se da entonces la violación del artículo 2o. del Decreto 36 de 1992. Y habida cuenta de que el actor no explica el alcance de la violación con respecto a los artículos 33 y 35, inciso 5o., de la Ley 1a. de 1992, la Sala se abstiene de hacer confrontación alguna.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el décimo segundo cargo.- Sostiene el actor que si la Superintendencia no tiene facultad legal para dar en concesión los bienes de Puertos de Colombia, en liquidación, tampoco la tiene para fijar el monto de la llamada "contraprestación" a que se refiere el artículo 7o. de la Resolución 113 de 1992, lo que da lugar a que se violen los artículos 2o.-numerales 2.4. y 2.5- y 7o. de la Ley 1a. de 1991, al igual que los artículos 16 y 18 del Decreto 2147 de 1991 y 6o., numeral 10, del Decreto 2681 de 1991.

En primer lugar, ya se ha demostrado anteriormente que la Superintendencia General de Puertos sí tiene competencia para dar en concesión los activos de la Empresa Puertos Colombia, en liquidación.

En segundo lugar, la Sala precisa:

El texto de las disposiciones que se estiman vulneradas es del siguiente tenor:

> "Artículo 2o.- Planes de expansión portuaria. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte (hoy, de Transporte, señala la Sala) presentará al CONPES para su aprobación, cada dos años los planes de expansión

portuaria que se referirán a:

.....

2.4. Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por las concesiones portuarias.

2.5. Las metodologías que deben aplicarse de modo general al autorizar tarifas a las sociedades portuarias; o los criterios que deben tenerse en cuenta antes de liberar el señalamiento de tarifas".

"Artículo 7o.- Monto de la prestación. Periódicamente el Gobierno Nacional definirá, por vía general, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben dar quienes se beneficien con las concesiones portuarias...".

De los textos pretranscritos se colige fácilmente que la atribución dada al Gobierno no fue para fijar el monto de la contraprestación que deben dar quienes se beneficien de las concesiones portuarias, sino sólo para definir la metodología para calcularlo, lo que hizo a través del Decreto 2147 de 13 de septiembre de 1991, "por el cual se expide el plan de expansión portuaria y se reglamenta el artículo 2o. de la Ley 01 de 1991 en cuyo "Capítulo IV de las contraprestaciones", dispuso que "Los concesionarios deberán pagar una contraprestación para la explotación de playas y terrenos de baja mar..." (art. 19) y señaló los elementos generales que deben tenerse en cuenta para definir la metodología de las contraprestaciones por las concesiones portuarias (artículos 20 a 26).

Así que al establecer el artículo 7o. acusado en su inciso primero que "Por la concesión de las playas, terrenos de baja mar y zonas accesorias a aquellas y a éstos, la contraprestación será fijada según la metodología establecida en el Plan de Expansión Portuaria, se está reconociendo y respetando la legalidad aludida, la que tampoco se desconoce ni vulnera al estatuir en su inciso 2o. que "Por los bienes de la Empresa Puertos de Colombia que reciba en concesión se pagará una contraprestación por parte de la Sociedad Portuaria Regional .." la cual discrimina para los puertos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Tumaco, indicando que los valores que para ellos allí se señalan, podrán formularse en proporción a las áreas que le sean otorgadas a cada sociedad portuaria.

Esta facultad está basada sin lugar a dudas, en el artículo 38 de la Ley 1a. de 1991 que le ordena a la Superintendencia General de Puertos definir los términos en los cuales se otorgarán las concesiones portuarias a las sociedades portuarias que se creen para utilizar los activos de Puertos de Colombia.

En cuanto a la presunta violación del numeral 2.5. del artículo 2o. pretranscrito, basta señalar que el contiene un aspecto relacionado con la metodología que debe aplicarse de modo general al autorizar tarifas a las sociedades portuarias, que es distinto al que se plantea en el cargo.

Tampoco se quebrantan los artículos 16 y 18 del Decreto 2147 de 1991 ni el 6o., numeral 10, del Decreto 2681 de 1991, por cuanto estas disposiciones están referidas es al régimen del sistema tarifario por los servicios que presten las sociedades portuarias regionales, según está previsto en los artículos 14 a 18 de aquel decreto y en el numeral 10 del artículo 6o. del citado Decreto 2681 como una función del Superintendente General de Puertos sobre este mismo particular.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el décimo tercer cargo.- El artículo 8o. acusado es del siguiente tenor:

> "Inversiones. Las inversiones de mantenimiento y expansión portuaria deberán realizarse de acuerdo con los Planes definidos por la Nación a través del Ministerio de Obras Publicas y Transporte. Estas organizaciones serán definidas en la resolución del otorgamiento.
>
> "Para llevar a cabo estas inversiones, la sociedad portuaria regional creará un fondo que garantice la financiación de dichas obras. A este fondo deberá destinarse un porcentaje de las tarifas".

Y el aparte del artículo 34 de la Ley 1a. de 1991 que se estima vulnerado, reza así:

> "La Nación en forma concertada con los entes territoriales en donde hoy funcionan puertos Públicos en la Costa Atlántica, definirá las condiciones necesarias, tanto de las instalaciones Portuarias, como de los canales marítimos y fluviales de acceso a los terminales y obras de canalización, y defensa, y las realizará antes de aportarlas a las sociedades portuarias regionales, de tal manera que puedan garantizar una competencia adecuada entre dichos puertos.
>
> "Parágrafo. El canal navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barranquilla Y sus obras y sus obras complementarias seguirán siendo construidas, conservadas y mantenidas, con recursos del Gobierno Nacional".

Se deduce de lo anterior que las inversiones que corresponden a la Nación son para las obras que deben realizarse en donde funcionan puertos públicos en la Costa Atlántica, antes de que éstos sean entregados en concesión a las sociedades portuarias regionales, distintas por consiguiente a las inversiones para mantenimiento que deben correr por cuenta, lógicamente, de éstas una vez reciban en la calidad dicha los puertos. Como también son distintas de las inversiones para expansión de los mencionados puertos, que corresponden, desde las mismas sociedades, ya que tal expansión ha de hacerse una vez otorgada la concesión y acorde con los planes que presente el Gobierno cada dos años y apruebe el CONPES, según lo dispone el artículo 2o. de la Ley 1a. de 1991.

En cuanto al canal navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barranquilla, cuyas obras seguirán siendo construidas, conservadas y, mantenidas con recursos del Gobierno Nacional, es aspecto específico que regula el citado artículo 34, que en buen entendimiento debe decirse que la norma acusada lo respeta, pues a él no hace referencia en su texto.

En este orden de ideas, la creación del fondo que se contempla en el inciso segundo de la disposición acusada, no viola el artículo 34 citado pues corresponde esa determinación a una forma de cumplir la Superintendencia con la función, de definir los términos para el otorgamiento de las concesiones portuarias.

Tampoco se infringen los artículos 1o., inciso 5o.; 19, inciso 2o.; 20; 21 y 22 de la Ley 1a. de 1991, ni los artículos 16 y 17 del Decreto 2147 del mismo año, por cuanto de sus textos se deduce que las tarifas a que ellos aluden son las referentes a las que corresponde fijar pero por el uso de la operación portuaria, mas no por lo que se contempla en el artículo 8o. demandado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el décimo cuarto cargo.- Cuando el artículo 9o. de la Resolución 113 de 1992 señala el capital suscrito mínimo de las sociedades portuarias regionales para obtener la concesión de los activos de Puertos de Colombia, en modo alguno se infringe el artículo 38 de la Carta, porque ello corresponde al simple cumplimiento del artículo 38 de la Ley 1a. de 1991 que previene que la Superintendencia debe definir los términos en los cuales se otorgarán las concesiones portuarias a las sociedades portuarias regionales que se creen para utilizar activos de la Empresa Puertos de Colombia.

El principio de la autonomía de la voluntad privada no es absoluto, toda vez que su aplicación se limita por razones de orden público, y de buenas

costumbres. Es así como en el caso *sub judice*, específicamente por la circunstancia de que, según el artículo 1o., inciso 2o., de la Ley 1a. de 1991, "La creación, el mantenimiento, y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta ley, son de interés público", el que siempre debe prevalecer sobre el interés privado, la alegada violación, en consecuencia, no se produce.

En cuanto a que el artículo 9o. acusado regula sólo la opción de sociedad de capital mixto, basta señalar que él encuentra su fundamento legal en el parágrafo del artículo 1o. del Decreto Ley 2910 de 1991, el cual reza:

"El Gobierno Nacional procederá a celebrar, en nombre de la Nación los correspondientes contratos de sociedad con las entidades territoriales y empresarios privados que acepten la invitación pública, a participar en su constitución, de que trata el citado artículo 34", disposición esta última de la Ley 1a. de 1991 que autorizó a la Nación y a sus entidades descentralizadas, para constituir sociedades portuarias con sede en cada uno de los municipios o distritos donde Puertos de Colombia tenía puertos.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el décimo quinto cargo.- Se acusa el artículo 10 del Decreto demandado de que al limitar el aporte de la Nación en las sociedades portuarias regionales al 2% del capital suscrito y señalar que dicho aporte estará representado solamente en "derechos y bienes muebles", se violan el inciso 4o. del artículo 35 de la Ley 1a. de 1991 y los artículos 6o. y 7o. del Decreto 2910 del mismo año.

Al indicar el artículo 10o. cual sería el aporte de la Nación, en modo alguno contraviene el inciso 4o. del artículo 35 aludido, por cuanto esta norma dispone que la Empresa Puertos de Colombia, a nombre de la Nación "podrá aportar a las sociedades portuarias regionales ... todos los bienes inmuebles que posea en los municipios o distritos respectivos, y los derechos y bienes muebles que se consideren necesarios ... ", es decir, que es potestativo el efectuar el aporte y determinar su monto y dicha potestad la está precisando la Nación, a través de la Superintendencia, por medio de la norma aquí acusada.

Los artículos 6o. y 7o. del Decreto 2910 de 1991, no se infringen por cuanto regulan aspectos diferentes al que se plantea en la censura. En efecto, el 6o. se refiere al número de accionistas con el cual pueden constituirse las sociedades portuarias regionales cuyo capital social pertenezca íntegramente

al sector público; y el 7o., al régimen de vigilancia fiscal de las sociedades portuarias regionales mixtas.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el décimo sexto cargo.- La acusación aquí se dirige contra el artículo 11 de la Resolución demandada, el cual establece:

> "Aporte de los municipios. En desarrollo del artículo 9o. del Decreto 2910 de 1991, los municipios podrán realizar los pagos de sus aportes con la totalidad o parte de la contraprestación que les corresponde". (Subraya la Sala).

Esta disposición es sólo una reproducción de la primera parte del artículo 9o. del Decreto Ley 2910 de 1991, por lo cual resulta enteramente ilógico que éste pueda ser infringido, como lo plantea el actor.

También se afirma en este cargo que el artículo 7o. de la Ley 1a. de 1991 resulta infringido por el citado artículo 11, por cuanto al disponer une las contraprestaciones que deben dar quienes se beneficien con las concesiones portuarias "se otorgaron a la Nación y a los municipios o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda (sic)...", este último porcentaje puede resultar inferior o superior al 15% del capital suscrito señalado a los municipios en el artículo 9a. de la Resolución impugnada, pues todo depende tanto del monto de la contraprestación como del capital suscrito.

La Sala observa que la apreciación del actor es equivocada, toda vez que el capital suscrito mínimo que se le señala a los municipios en el citado artículo (15% de valores fijos que allí se le asignan a Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Tumaco) no necesariamente tiene que corresponder al 20% que dichos municipios reciban por concepto de las "contraprestaciones" aludidas; y menos se da la violación, cuando a lo que se refiere el actor es al capital suscrito previsto en el primer inciso del art. 9o. de la Resolución demandada y lo estatuido en los artículos 11 *ibídem* y 9o, del Decreto 2910 se refiere a capital pagado. El mismo artículo 9o. de la resolución demandada dice. "Capital pagado en cuantía tal que garantice el normal desarrollo de la actividad portuaria".

Una última imputación que se hace al pretranscrito artículo 11 consiste en que omitió la parte del artículo 9o. del Decreto 2910 de 1991 referente a la aplicación de la fórmula del Plan de Expansión Portuaria para el cálculo de la contraprestación.

Para la Sala, esta objeción tampoco tiene vocación de prosperidad, porque la referida "omisión" no implica en manera alguna que deba excluirse su aplicación. No sólo este artículo 9o., sino los demás que conforman dicho Decreto deben aplicarse, llegado el caso, así no los recoja en su articulado la resolución demandada.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el décimo séptimo cargo.- Se acusa el artículo 12 de la Resolución demandada de violar los artículos 34 y 38 de la Ley 1a. de 1991 y 211 de la Carta porque la Superintendencia General de Puertos no puede asumir la vocería de la Nación, ni el Presidente de la República la autorizó para invitar a los interesados en obtener concesiones portuarias.

También se le acusa de infringir el citado artículo 38, por cuanto, dice el demandante, se invita a formar sociedades portuarias regionales, más no a solicitar concesiones portuarias, dentro de unos límites en el tiempo y acompañando documentos no contemplados en la prenombrada Ley 1a.

Respecto de la primera parte de la acusación, la Sala se remite a lo ya expuesto al analizar las cargos primero, segundo y tercero, por cuanto en éstos se contempla idéntica acusación.

En cuanto a la segunda parte del cargo, es cierto que la Ley 1a. de 1991, a través de su artículo 34 faculta a la Nación para invitar públicamente a las entidades territoriales y a los empresarios privados a participar en la constitución de sociedades portuarias regionales, mientras que el artículo 12 acusado contempla una invitación para "obtener una concesión portuaria sobre los activos de la Empresa Puertos de Colombia ... ". No obstante, lo previsto en esta norma es procedente teniendo en cuenta que la Superintendencia General de Puertos es el organismo encargado de todo lo relacionado con la actividad portuaria, como en esta providencia ya se ha puntualizado, y no existe norma que le asigne la señalada función a otra autoridad.

Además, como la Sala lo expresó en la sentencia del 13 de agosto de 1993, "la invitación a construir sociedades portuarias regionales lleva ínsita la de participar en las concesiones, pues las sociedades portuarias tienen como finalidad, una vez constituídas, la de desarrollar la actividad portuaria y ésta sólo puede llevarse a cabo mediante concesiones portuarias".

Resulta, entonces, igualmente válido que exija una serie de requisitos para el efecto señalado, así éstos no estén comprendidos en la prenombrada Ley, ya que, como ha quedado visto, el artículo 38 de la misma prevé

expresamente 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...".

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el décimo octavo cargo.- Al imponer la Superintendencia por el artículo 13 del acto acusado una minuta para la constitución de las sociedades portuarias regionales y otra para el contrato de concesión, se infringe, afirma el actor, el Decreto 2910 en su artículo 3o., que establece tales sociedades se regirán por las normas mercantiles de la sociedad anónima, por la Ley 01 de 1991 y por las del mismo Decreto 2910, que no señalan tal exigencia.

Tampoco le asiste razón al actor en ese cargo, por cuanto, como ya se dijo, dicha entidad está autorizada para fijar 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. En esta virtud, puede elaborar las normas prescriben para los dichos efectos, aunque las normas que el actor como vulneradas no contemplen esta circunstancia.

En consecuencias, el cargo no prospera.

En relación con el décimo noveno cargo.- El artículo 14 que en esta censura se acusa, sobre cambio de las condiciones de la concesión, simplemente recoge la posibilidad indicad en el artículo 17 de la Ley 1a. de 1991 que previene que "Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos..." de lo cual se deriva la improsperidad del cargo, sin necesidad de ninguna otra consideración.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.- En relación con la solicitud de nulidad del artículo 5o. de la Resolución 113 de 1992, esté se a lo resuelto en la sentencia del 13 de agosto de 1993 (Expediente No. 2227; Actor: Alvaro Rocha Pardo; Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez).

Segundo.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Tercero.- Devuélvase al actor la suma depositada para los gastos del proceso, o su remanente.

Cuarto.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

Copíese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince (15)de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ESTABLECIMIENTO COMERCIAL / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO / ALCALDE - Facultades / PODER DE POLICIA

La negativa de conceder la licencia de funcionamiento solicitada. por la parte actora no podía legalmente fundamentarse en disposiciones que, regulan materias ajenas, por completo, al contenido, ejercicio y límites del poder de policía, en virtud del cual corresponde a los alcaldes, a través de los comités de establecimientos abiertos al público, conceder o denegar las licencias de funcionamiento de los establecimientos comerciales

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Dr Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2601. Actor: SOCIEDAD PROAUTOS LTDA

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de junio de 1993.

I. **ANTECEDENTES**

a.- **El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda**

La Sociedad Proautos Ltda., 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 Antioquia la declaratoria de nulidad de la Resolución 2-83 de 8 de marzo de 1989, "por medio de la cual se resuelve la solicitud para la licencia de funcionamiento presentada para la apertura de un establecimiento público en la jurisdicción territorial del Municipio de Envigado", expedida por el Comité de Establecimientos Abiertos al Público del citado Municipio, y de la Resolución No.3-102 de 23 de mayo de 1989, "por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición", expedida por el Alcalde Municipal de Envigado. Como consecuencia de la anterior declaración solicita, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Alcaldía del Municipio de Envigado otorgar la licencia de funcionamiento que le fue denegada.

b. **Los actos acusados**

Mediante la Resolución No.2-83 de 1989, el Comité de Establecimientos Abiertos al Público del Municipio de Envigado denegó la solicitud de otorgar licencia de funcionamiento a la parte actora para la apertura del establecimiento de comercio situado en la carrera 43 No.25 BS-176 del citado Municipio, bajo la consideración de que "...estudiada su solicitud se consideró que no es conveniente su funcionamiento, por la siguiente razón: NO HABER CLAUSURADO LEGALMENTE EL ESTABLECIMIENTO QUE TENIA LICENCIA EN ESA MISMA DIRECCION" (mayúsculas del texto original) (fl.4 Cdno. Ppal.).

Mediante la Resolución No. 3-102 de 1989, el Alcalde Municipal de Envigado decidió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos demandados, en el sentido de no reponerlo.

C. **Los hechos de la demanda**

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 19 a 20 *ibídem*):

La firma Proautos Ltda., sociedad legalmente constituída, tomó en arrendamiento a la Sociedad Casa Británica S.A. parte del inmueble de que se da cuenta en los actos acusados y suscribió con la misma un contrato de agencia comercial, el cual se registró el 15 de febrero de 1989.

Con el lleno de todos los requisitos de ley, pidió y tramitó licencia de funcionamiento ante el Comité de Establecimientos abiertos al público, matrícula ante la Sección de Industria y Comercio y Patente de Sanidad, a efectos de explotar como actividad comercial la venta de vehículos en su calidad de agente comercial de Casa Británica S.A.

Con el argumento de no haber clausurado legalmente el establecimiento que tenía en esa misma dirección, el Municipio de Envigado negó la solicitud de licencia de funcionamiento, decisión esta que fué confirmada por la Resolución que desató el recurso de reposición.

La sociedad actora enfrenta la posibilidad inminente y cierta del cierre de su establecimiento comercial, lo cual le ocasionará graves perjuicios económicos.

d.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

En la demanda se expresa que con los actos acusados se violaron los artículos 1o. y 117, en concordancia con el 113 del Decreto Ley 1355 de 1970; el artículo 35 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con el artículo 5o. de la Ley 58 de 1982 y los artículos 16, 17, 32 y 39 de la anterior Constitución Política, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 21 a 28 *ibídem*):

Si bien el Alcalde, a través del Comité de Establecimientos Abiertos al Público, es la autoridad competente para conceder las licencias de funcionamiento de los establecimientos comerciales, mediante resoluciones motivadas, dicha competencia, emanada del poder de policía, tiene sus precisas limitaciones, pues constituye una restricción de las libertades públicas.

La violación de los artículos 16, 17, 32 y 39 de la anterior Carta Política y 1o. del Código Nacional de Policía se predica en razón de que las autoridades de Envigado, en lugar de proteger a las personas asociadas en la firma actora, dieron una negativa arbitraria al ejercicio de su libertad de empresa, a la libertad de escoger su oficio y a su derecho al trabajo, causándoles con ello un agravio patrimonial.

El permiso de funcionamiento de que trata el artículo 117 del Código Nacional de Policía debe otorgarse a menos que se incurra en alguno de los motivos atentatorios de la tranquilidad, la seguridad o la higiene, conforme con el reglamento de policía local. Sólo la necesidad de preservar el orden público puede constituirse en motivo de inhabilitación.

En los actos acusados se presenta una desviación de los motivos "...porque las autoridades del Municipio de Envigado utilizan una Competencia reglada, como es la facultad de otorgar permiso, o de negarlo por motivos de orden público, con un fin diferente cual es el de cobrar coactivamente a un sujeto diferente como es PROAUTOS LTDA. una deuda fiscal de la cual no es directa ni solidariamente responsable y cuyo procedimiento coactivo no es el de

la vía policiva del cierre del establecimiento que se instale en las (sic) misma dirección, toda **vez que la jurisdicción coactiva sigue reglas especialísimas** previo mandamiento de pago notificado al **deudor.**

"Incluso las presuntas deudas de CASA BRITANICA S.A., tampoco son actualmente exigibles pues se encuentran sometidas a pronunciamiento jurisdiccional ante esa Honorable Corporación y ante el Honorable Consejo de Estado como lo demostraré, con las certificaciones que solicito como prueba a estas corporaciones".

En las resoluciones impugnadas la Administración incurrió en un error de hecho, que configura una violación directa de la ley (arts. 35 del Decreto 01 de 1984 y 5o. de la Ley 58 de pues la causal invocada para denegar la concesión de la licencia de funcionamiento era inexistente, no se podía presentar, por las siguientes razones:

a) Antes del 1o. de enero de 1989, la sociedad actora no adelantó ninguna actividad en el Municipio de Envigado.

b) La venta de vehículos la venía haciendo la Sociedad Casa Británica S.A., persona jurídica diferente a Proautos Ltda., con la que no existe vínculo diferente al de los contratos de agencia comercial, arrendamiento de locales y un contrato de suministro de personal, que fue necesario realizar por carecer de personal especializado en el ramo de venta de vehículos nuevos.

c) Inexplicablemente, en las consideraciones del segundo de los actos de dirección para cuyo establecimiento de comercio se solicita la licencia de funcionamiento figura inscrito como contribuyente del impuesto de Industria y Comercio la Sociedad Casa Británica S.A., "... que hasta la fecha no ha cumplido con la obligación legal de efectuar la diligencia de cierre ... ", y que la misma sociedad adeuda por dicho impuesto la suma de $12.766.081.oo, cuya, cancelación le impide completar la documentación para la diligencia de cierre del establecimiento.

d) Por definición legal (art. 1317 del C.de Co.), la actividad del agente comercial, que es el caso de Proautos Ltda., se realiza en forma independiente, de lo cual resulta que la motivación de las resoluciones impugnadas reposan sobre un imposible de hecho, pues si Proautos Ltda. sólo inició actividades en Envigado a partir del 1o. de enero de 1989 cómo puede negarse el otorgamiento de la licencia de funcionamiento con el argumento de "no haber clausurado legalmente el establecimiento que tenía licencia en esa dirección".

Los actos acusados también incurren en violación de la regla de derecho por aplicación indebida, toda vez que "En la Resolución 2-83 de Marzo 8 de 1989, el comité de Establecimientos Abiertos al Público, funda su determinación en el artículo 1o.del Decreto 1087 de 22 de Julio de 1986 que modifica el Decreto 1637 de Agosto 26 de 1983. Código de Policía del Departamento de Antioquia y esta norma del Decreto 1087 de 1986 no es aplicable al establecimiento de PROAUTOS LTDA. porque se refiere a establecimientos abiertos al Público con venta de licor, con el fin de preservar el orden público interno en sus elementos de seguridad, tranquilidad y salubridad, para proteger el bienestar de la comunidad, elementos que en ningún momento se ven alterados por la actividad de venta de automotores ejercida por la sociedad PROAUTOS LTDA. a través de un contrato de Agencia Comercial...".

e. **Las razones de la defensa**

A pesar de que el escrito de contestación de demanda fue presentado en forma extemporánea, como lo observó el Tribunal a quo en auto de febrero de 1991 (fl.124 Cdno. Ppal.), se procede a efectuar su resumen, toda vez que las razones en sí expresadas fueron tenidas en cuenta para proferir la sentencia objeto del recurso de apelación. Dichas razones son, en síntesis, las siguientes (fls.54 a 61 *ibídem*):

Los actos acusados no incurren en el vicio de desviación de los motivos, pues el artículo 58 del Decreto Municipal 008 de 1989 exige que para efectuar la diligencia de cierre de un establecimiento se requiere presentar cancelada la última cuenta de pago de impuestos, una comunicación informando el cese de operaciones y entregar la licencia de funcionamiento. Así las cosas, si la Sociedad Casa Británica S.A. pretendía dar por terminada su actividad de venta de vehículos en Envigado, debió haber cumplido con dichos requisitos y, como así no sucedió, la Administración no podía autorizar a la Sociedad actora para que tuviera licencia de funcionamiento en la misma dirección, pues se tendrían dos titulares diferentes de una misma licencia, en un mismo establecimiento y desarrollando una misma actividad.

De otra parte, si entre el Municipio de Envigado y Casa Británica S.A. existen litigios pendientes por concepto de la liquidación del impuesto de Industria y Comercio, actualmente exigibles de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 del C.C.A., la Administración estaba en plena capacidad para cobrar tal deuda en forma coactiva, sin que sea relevante el hecho de haber acudido a la justicia contenciosa administrativa para pedir su anulación, pues aún no existe un pronunciamiento judicial con autoridad de cosa juzgada. Por ello, el Alcalde sólo está cumpliendo con los deberes que le impone el artículo 132 del Código de Régimen Municipal.

Tampoco se configura la violación de la regla de derecho por error de hecho, pues "Por qué la insistencia de la sociedad demandante en afirmar que se trata de una persona jurídica diferente a la Sociedad CASA BRITINICA S.A.? Por qué razón presentó dos formularios de solicitud de licencia de funcionamiento, uno en el que detallaba su actividad como "Venta de Vehículos Nuevos como Agente de Casa Británica" y otro en el cual suprimía la referencia a esa sociedad, anotando únicamente "Venta de Vehículos Nuevos? Acaso pretendía ocultar sus nexos contractuales con la Sociedad Casa Británica? Si afirma estar ejerciendo su actividad comercial en el establecimiento ubicado en la Carrera 43 No.25 BS 176, desde el 1o. de enero de 1989, por qué razón los mismos empleados manifiestan desconocer la existencia de la persona jurídica PROAUTOS LTDA.", cómo se prueba en los informes de funcionarios de la administración Municipal, enviados a inspeccionar el establecimiento?.

En cuanto a la censura de que los actos acusados incurren en violación de la regla de fondo por aplicación indebida, debe tenerse en cuenta que si el artículo 1o. del decreto Departamental 1087 de 1986, modificatorio del artículo 229 del Código de Policía de Antioquia atribuye al comité de establecimientos abiertos al público las funciones de estudiar y resolver las solicitudes de apertura, traslado, ampliación y cambio de actividad principal de los establecimientos abiertos al público y de expedir y revocar las licencias de funcionamiento, de ello se infiere que tales facultades no se circunscriben a los establecimientos con venta de licor.

Además es preciso tener en cuenta que el artículo 51 del Decreto Municipal 008 de 1984 señala que las personas que ejerzan actividades gravables con el impuesto de Industria y Comercio deben matricularse ante la Administración de Impuestos Municipales dentro de los 60 días siguientes a la modificación del acto que apruebe la solicitud de licencia de funcionamiento. Por tanto, todo establecimiento que se pretenda establecer en envigado debe tener su licencia de funcionamiento.

f. **La actuación surtida**

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 19 de diciembre de 1989 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados (fls. 47 a 50 Cdno. Ppal.).

SECCION PRIMERA

Mediante providencia de 8 de febrero de 1991 se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora y se decidió abstenerse de hacer pronunciamiento alguno respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por la parte demandada, "... por cuanto la contestación de la demanda fue extemporáneo" (fl.124 *ibídem*).

Dentro del término para alegar de conclusión sólo hicieron uso de ese derecho la parte actora y el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal (fls. 164 a 170 y 180 a 186 *ibídem*).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal *a quo* declaró la nulidad de los actos demandados con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 187 a 196 Cdno. Ppal);

Conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 130 del Decreto 1333 de 1986, en armonía con los artículos 228, 229 y 486 del Código de Policía de Antioquia, es claro que el Alcalde Municipal, a través del Comité de Establecimientos Abiertos al Público, tiene competencia para ejercer el poder de policía en el orden local, dentro de las precisas limitaciones que le señala la Constitución y la ley y que es de competencia de dicho funcionario, en materia policiva, "Conceder los permisos y licencias que expresamente le atribuye este Código".

Consecuente con las garantías constitucionales de libertad de empresa e iniciativa privada dentro de los límites del bien común, el artículo 108 del Código Nacional de Policía prevé que dentro de los límites que la ley establece, la Policía protegerá la libertad de comercio y de industria y que las asambleas departamentales, en lo local, en ausencia de ley, señalarán en reglamento general las prohibiciones tendientes a evitar toda acción ejercida por los particulares y que constituyan una maniobra contra esas libertades.

En desarrollo de las orientaciones señaladas, el artículo 113 *ibídem*, declara que "Por motivos de tranquilidad y salubridad públicas, los reglamentos de policía podrán prescribir limitaciones a la venta de artículos, así como señalar zonas para los establecimientos fabriles y para el expendio de ciertos comestibles. Los locales de la industria y el comercio, y los establecimientos para servicio del público, deberán cumplir las condiciones de seguridad e higiene indicadas en los reglamentos de policía local".

De los ordenamientos referenciados se desprende clara y categóricamente que los alcaldes, a través de los Comités de Establecimientos Abiertos al Público, sólo pueden negar la expedición de licencias de

funcionamiento de establecimientos comerciales cuando su apertura atente contra el orden público interno en sus manifestaciones de salubridad, tranquilidad y seguridad. "Por fuera de estos fenómenos no es posible invocar otros hechos para negar la licencia de funcionamiento so pena de desconocer la libertad de comercio e industria garantizada por la Constitución y la ley".

Luego de hacer referencia a la causal invocada para negar el otorgamiento de la licencia solicitada por la parte actora y al artículo 58 del Decreto Municipal 008 de 1989, del cual deriva la defensa la legalidad de los actos acusados, el tribunal *a quo* expresa que "Como puede apreciarse el Alcalde como Presidente del comité de establecimientos abiertos al público en Envigado no tuvo en cuenta para negar el funcionamiento del establecimiento de Comercio PROAUTOS LTDA. razones de salubridad, tranquilidad y seguridad que legalmente son las que constituyen hecho impeditivo para autorizar la apertura del establecimiento, sino que invocó un hecho no previsto en el Acuerdo (sic) Nro.008 de enero de 1989 que no puede convertirse en obligación ni en ley alguna, y que sólo constituye una obligación propia de la persona jurídica o natural propietaria del establecimiento de comercio que funciona en el mismo local donde pretende hacerlo la peticionaria, quien además no ha expresado su interés de ceder errar el establecimiento de comercio que allí explota".

De otra parte, también carece de asidero legal el argumento de que en el local que se habrá de utilizar con el nuevo establecimiento de comercio existe otro dedicado a la misma actividad y que, por lo tanto, debe cerrarse previamente, toda vez que ninguna norma prohibe que en un mismo inmueble funcionen en forma simultánea o paralela negocios similares, pues el local es solo uno de los elementos estructurales que la ley mercantil trae del establecimiento de comercio.

"En el presente caso no se le podía exigir a PROAUTOS LTDA. que acreditara el cierre del establecimiento por parte de Casa Británica S.A. y menos que exhibiera el paz y salvo correspondiente a Impuestos de Industria y Comercio, pues entre esas dos sociedades no se presentó la situación contemplada en el artículo 65 del Decreto Municipal 008 de 1989 que requiriera traspaso por enajenación de establecimiento comercial".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en suma, los siguientes (fls. 198 a.202 del Cdno. Ppal.)

Es cierto, y se acreditó en la contestación de la demanda, que en el informe rendido por el Visitador de Actividades Económicas a la Secretaría de Hacienda Municipal el 17 de mayo de 1990 aparece que dicho funcionario "...se trasladó hasta el sitio donde supuestamente funcionaba la mencionada

entidad (PROAUTOS LTDA.) y obtuvo negativas de personas que laboraban en el lugar y que no tenían conocimiento alguno sobre la entidad requerida". Sobre esta prueba, pedida en legal y debida forma, el Tribunal no se pronunció expresamente, a pesar de la importancia que ella reviste para salvaguardar los intereses del Municipio de Envigado.

Con fundamento en dicha prueba, "...el Municipio se creyó asaltado en su buena fe, y vio la solicitud de PROAUTOS como un medio para evadir impuestos, pues está demostrado que sí existe vinculación de tipo comercial entre Casa Británica y Proautos".

Por último, "cabe resaltar que Casa Británica sigue funcionando en la dirección anotada, lo mismo que la Entidad de Comercio denominada Tecnopinturas, lo que también era contra las normas que regulan la expedición de licencias de funcionamiento, pues debe considerarse que en Envigado se han presentado condiciones de orden público muy especial, lo cual ha llevado a que la expedición de patentes de funcionamiento se haga con especial cuidado, a raíz de hechos que son de conocimiento de la opinión nacional".

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

En el trámite de la segunda instancia, la parte actora presentó el alegato de conclusión que obra a folios 7 a 13 del Cuaderno No. 2, en el cual se reiteran, en esencia, los mismos argumentos de la demanda.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación no intervino en esta etapa del proceso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos los cargos en los cuales se sustenta el recurso de apelación. A continuación del resumen de cada uno de ellos, la Sala hará las consideraciones pertinentes.

Primer cargo.- El Tribunal no apreció en la sentencia la prueba tendiente a demostrar que en la dirección indicada por el solicitante de la licencia de funcionamiento como aquella en la cual habría de operar el establecimiento de comercio, no tenían conocimiento de la Sociedad Proautos Ltda., y que fue dicha prueba, precisamente, la que condujo a la Administración Municipal de Envigado a considerar dicha solicitud como un medio para evadir impuestos.

Consideraciones de la Sala.- El cargo precedente no tiene ninguna vocación de prosperidad, por la sencilla razón de que, además de no haberse aportado dicha prueba con la contestación (extemporáneo) de la demanda, como allí se anuncia y lo constata la Sala, mediante auto de 8 de febrero de 1991, el Tribunal a quo se abstuvo, por ese mismo hecho de la extemporaneidad, de resolver sobre la solicitud de decretar como pruebas del proceso las aportadas y solicitadas por la parte demandada.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala hace notar que la negativa de conceder la licencia de funcionamiento solicitada por la parte actora no podía legalmente fundamentarse en disposiciones que, como las contenidas en el Decreto Municipal No.008 de 1989, "por medio del cual se reglamenta el Impuesto de Industria y Comercio y sus rentas afines", regulan materias ajenas, por completo, al. contenido, ejercicio y límites del poder de policía, en virtud del cual corresponde a los alcaldes, a través de los comités de establecimientos abiertos al público, conceder o denegar las licencias de funcionamiento de los establecimientos comerciales.

Segundo Cargo.- Como quiera que en la misma dirección para la cual se solicitó la licencia funcionaba la Sociedad Casa Británica S.A. y, además, la entidad comercial denominada "Tecnopinturas", tal situación resultaba contraria a las normas que regulan la expedición de licencias de funcionamiento. Además, las especiales circunstancias de orden público que se presentan en el Municipio de Envigado han conducido a que la Administración expida con especial cuidado dichas licencias.

Consideraciones de la Sala.- Para la Sala dicho cargo tampoco está llamado a prosperar, por las siguientes razones

1o. Porque el hecho de no invocarse las normas que sustentan el cargo impide a la Sala avocar su estudio.

2o. Porque al no haberse aducido como fundamento de los actos acusados la alteración del orden público en el municipio de envigado, ni haberse alegado en el curso del proceso que dicha causa incidió en la decisión de denegar el otorgamiento de la licencia de funcionamiento solicitada por la parte actora, ello conduce a que la Sala se abstenga de analizarlo, pues no es en el curso de esta segunda instancia en la cual puedan formularse nuevos argumentos de defensa. Obrar de manera contraria implicaría no sólo el desconocimiento del deber del juez de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, sino la violación de los derechos constitucionales del debido proceso y de defensa.

SECCION PRIMERA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Primero. CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de junio de 1993.

Segundo. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, Previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MINISTERIO DE SALUD - Reestructuración / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad / SUPRESION DE EMPLEOS

El señalamiento del plazo para que la autoridad competente adecúe 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 que la Carta confirió al Gobierno Nacional, pues tal adecuación, para el caso, tratándose de la administración central, es función de carácter administrativo que el Presidente de la República tiene en forma permanente, para lo cual no requiere de autorización expresa, ni indicación de término alguno para su ejercicio. Cuando el artículo 20 transitorio autorizó al gobierno para ejercitar las referidas atribuciones (reestructurar, fusionar o suprimir las entidades del Estado), de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos o empleos que demandaran las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensara el daño que se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2452. Decretos del Gobierno. Actor: EDGAR PIÑEROS RUBIO.

SECCION PRIMERA

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro de la acción de nulidad interpuesta por el ciudadano y abogado Edgar Piñeros Rubio contra los artículos 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111 y 112 del Decreto No, 2164 de 30 de diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura el Ministerio de Salud", dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

La demanda fué presentada contra la Nación, representada por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social, de Salud y por el Jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública.

NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda se citan como violadas, Por parte del acto acusado, las disposiciones contenidas en los artículos 4, 6, 13, 25, 49, 53, 58, 64, 121 125, 189 ord. 14, 300 ord. 10, 356, 366, y transitorios 20 y 21 de la Constitución Nacional.

Al exponer el concepto de la violación el actor formula contra las normas acusadas, los cargos que se resumen a continuación:

Primer cargo: Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional. Al instalar el estatuto impugnado que la supresión de empleos o cargos se cumpliría dentro de un plazo de un año a partir de la fecha de publicación del presente decreto (art. 98) y que el Gobierno establecerá la Planta de personal del ministerio de Salud dentro del año siguiente a la fecha de vigencia, el Gobierno extralimita el término de 18 meses que le reconoció el artículo transitorio 20 de la Carta Política, dentro del cual ha debido expedir todos los actos necesarios Para la reestructuración del Ministerio de Salud en todos sus aspectos, sin que fuera permitido dilatar en el tiempo las facultades concedidas.

Segundo Cargo: Extralimitación de las facultades que le reconoció el artículo 20 transitorio de la Constitución para poner en consonancia la Administración Pública con los mandatos de la Carta.

Dice a este respecto la demanda que el artículo 20 transitorio no le dio facultades al Gobierno para separar de sus cargos a los servidores oficiales por razón de la reestructuración; no creó nuevas causales de separación, diferentes a las establecidas en el artículo 125 inciso 2o. de la C.N., como tampoco confirió poderes al Presidente de la República para desconocer los principios del trabajador expuestos en los artículos 53 y 58 de la Carta. La finalidad de tales facultades es poner en consonancia, en el presente caso, el Ministerio de Salud

con los mandatos de la Constitución, la redistribución de competencias y recursos establecidos por la misma.

RAZONES DE LA DEFENSA

La demanda fué contestada por el Ministerio de Salud mediante apoderado y en representación de la Nación.

En su propósito de demostrar la legalidad del acto acusado, la defensa expresó las razones que se sintetizan a continuación:

Haciendo alusión al primer cargo, dice la demandada que en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-14 de la Constitución el ejecutivo dispone de la facultad de modificar las plantas de personal de los organismos que integran la rama ejecutiva en su sector central nacional. Por esta razón, la función de reestructurar, modificar y adoptar las plantas de personal tiene naturaleza jurídica administrativa, no solo a la del criterio orgánico sino material, de tal manera que para ello el Ejecutivo no tenía necesidad de facultades, ya que tanto bajo la Constitución de 1886, como bajo la de 1991, esa es una atribución propia del gobierno administrador.

La función de modificar las plantas de personal, reestructurarlas y aprobarlas, es actividad de naturaleza administrativa, cuya titularidad corresponde al ejecutivo ordinario, y si esa función no puede ser de naturaleza legislativa, por excluirlo la Constitución al disponer en los artículos 98 y 101 del Decreto Legislativo 2164 de 1992, que dicha función se cumple por la autoridad competente, dicho mandato no convierte la actividad dicha en una de naturaleza legal o legislativa, pues se vulneraría el art. 189-14 que le otorga esa función al Ejecutivo.

En relación con el segundo cargo se expresa en la contestación de la demanda que una cosa es el cometido asignado al Estado en materia de salud pública y seguridad social, y otra la estabilidad de los empleados del sector público en sus cargos.

La misma Constitución establece que el servicio público puede prestarse directamente o por los particulares sujetos a la vigilancia y control estatales.

La pertenencia a la carrera administrativa o el empleo dentro del Estado obedece a los principios que dicen relación con la necesidad de la colaboración de los particulares con la igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y con el interés general, el cual, en todo caso prevalece.

SECCION PRIMERA

La estabilidad no es un derecho absoluto e incondicional a permanecer en el cargo. La ley anterior a la reforma constitucional, la reforma misma y la ley 27 de 1992, prevén que el empleado de carrera puede ser removido por supresión del cargo.

En el concepto de la reestructuración, tanto orgánica como de plantas de la administración pública, va ínsita la posibilidad de la supresión eventual de cargos, lo cual está contemplado en la ley, con fundamento constitucional.

La demanda habla de despidos masivos, cuando el artículo 97 del Decreto Legislativo 2164 de 1992, restringe la supresión de empleos a aquellos que "no fueren necesarios en la respectiva planta de personal".

PARTE IMPUGNADORA.

El ciudadano José Ernesto Bohórquez solicitó que se te tuviera como parte impugnadora y para efectos de que se denieguen las súplicas de la demanda, expresó lo que a continuación se resume:

El artículo 97 del Decreto acusado dispuso la reestructuración de la planta de personal, más no la reestructuración orgánica de la dependencia de que trata la facultad otorgada por el artículo transitorio 20 de la Constitución.

Si lo que se ordena hacer dentro del plazo de un año siguiente a la expedición del decreto, es una reestructuración diferente a la contemplada en el transitorio 20, mal puede decirse que se han prolongado las facultades dadas por el Constituyente de 1991.

Los empleados de carrera gozan de estabilidad, pero relativa, y la propia Constitución señala y prevé que pueden separarse del servicio, entre otras cosas, por los motivos y formalidades que señale la ley.

De la lectura desprevenida del texto acusado se desprende que la supresión de empleos será únicamente la de aquellos que no sean necesarios, de tal manera que no hay un despido masivo de funcionarios como lo afirma la demanda.

ALEGATOS DE LAS PARTES.

Solamente presentó alegato de conclusión la parte demandada. Al hacerlo reitera los puntos de vista expuestos en la contestación del libelo e insiste, en cuanto al primer cargo, en las facultades que el artículo 189, numerales 14, 15 y 16, otorgan al Ejecutivo para suprimir o fusionar entidades u organismos

administrativos nacionales de conformidad con la ley y 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.

Para referirse al otro cargo la demandada en esencia expresa que la reestructuración de la planta de personal tiene límites en el sentido de que solo pueden suprimirse los empleos que sean necesarios, por lo que no puede considerarse que el decreto acusado sea inconstitucional por vulneración al derecho del trabajo ya que tal disposición no contraría la Carta Política.

La protección del trabajo, agrega el apoderado del Ministerio, no conlleva necesariamente en el sector público, la obligación, de dar empleo o de mantenerlo como se infiere de los postulados del artículo 1o. sobre prevalencia del interés general y los principios sobre ejercicio de la función pública.

Respecto al señalamiento de indemnizaciones y bonificaciones, criticadas por el actor, dice la demandada que las facultades otorgadas se suponen implícitas las que tienden a dejar en alguna medida indemnes a quienes sin su culpa se vieron privados del ejercicio del trabajo.

Aduce también el Ministerio que la estabilidad absoluta como garantía de los empleados de carrera no existe en nuestra Constitución, ni en nuestro ordenamiento laboral, de modo que la acusación fundada en esa creencia, carece de sustento en los textos de derecho positivo superior.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Haciendo alusión a providencia de esta misma Sala, la señora Procuradora Delegada, en primer término concluye que "el señalamiento de un año, hasta el 30 de diciembre de 1993, como plazo para determinar la planta de personal del Ministerio de Salud como lo ha encontrado la Sección Primera del Consejo de Estado, no constituye ilegalidad alguna, pues con tal decisión el Gobierno simplemente ratificó la existencia de una atribución constitucional permanente que le permite reestructurar las entidades u organismos del orden nacional".

En segundo término y para referirse al cargo según el cual las normas acusadas violan el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional por extralimitación en el ejercicio de las atribuciones en él conferidas, el Ministerio Público expresa que la supresión de empleos, además de ser una atribución Permanente del Gobierno, es una consecuencia de la reestructuración, en la medida en que lo requiera la adecuación de la estructura administrativa a la nueva dinámica del Estado.

SECCION PRIMERA

En cuanto a la desvinculación de los empleados de carrera, el concepto con base en el artículo 125 de la Carta considera que la supresión del cargo es una causal legal de retiro.

Y, frente al argumento esgrimido contra las indemnizaciones y bonificaciones previstas con ocasión de la reestructuración, dice que ellas no revisten ilegalidad, pues siendo dicha reestructuración de origen constitucional la causa de supresión de los cargos, las indemnizaciones y bonificaciones, como figuras accesorias que son, resultan ajustadas a la norma que legaliza la actividad principal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En la demanda se hacen en esencia dos cargos contra el Decreto acusado. El primero lo hace consistir el actor en la violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional por extralimitación del plazo de los 18 meses que se le conceden al Gobierno para ejecutar las facultades conferidas en la precitada disposición.

Considera el actor que el Decreto 2164 de 1992 al disponer en sus artículos 98 y 101 que el programa de supresión de empleos y la conformación de la planta de personal del Ministerio de Salud, deberá cumplirse dentro del plazo de un año a partir de su vigencia, el Gobierno excede el término constitucional contemplado en el artículo 20 transitorio.

En relación con este aspecto, de conformidad con posición definida y reiterada de la Sala, el señalamiento del plazo para que la autoridad competente adecúe 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 que la Carta confirió al Gobierno Nacional pues tal adecuación, para el caso, tratándose como aquí se trata de la administración central es función de carácter administrativo que el Presidente de la República tiene en forma permanente (artículo 189, numerales 14, 15 y 16 de la Constitución Nacional), para lo cual no requiere de autorización expresa, ni indicación de término alguno para su ejercicio.

Lo anterior conduce a la Sala no solamente a despachar desfavorablemente el cargo, sino a levantar la suspensión suspensión provisional de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en los artículos 98 y 101 del decreto enjuiciado, como en efecto lo hará en la parte resolutiva de esta providencia.

El segundo cargo consiste, en esencia, según la demanda, en la extralimitación de las facultades del artículo transitorio 20 de la Carta. El *libelista* considera que dicho ordenamiento constitucional, no le otorgó facultades al Gobierno para separar de sus cargos a los servidores oficiales so pretexto de la reestructuración; tampoco para crear nuevas causales de separación del empleo, ni para desconocer los principios favorables al trabajador consagrados en la Carta Política.

En relación con este cargo, la Sala ha considerado reiteradamente que,

"... los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, dado que las funciones de reestructuración, fusión y supresión de las entidades que allí se mencionan ordinariamente son del resorte del Congreso, sólo que éste en razón de la revocatoria del mandato no podía hacer uso de ellas y por ello le fueron asignadas excepcional y transitoriamente a aquél.

"Por esta razón podía el Gobierno prever como causal de retiro la supresión de un cargo o empleo como consecuencia de las facultades previstas en la norma transitoria, lo cual armoniza con el precepto constitucional contenido en el artículo 125.

"De la misma manera se ha entendido que dichas facultades llevan ínsita la supresión de cargos o empleos, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar, por lo cual podía el Gobierno tomar esa determinación sin que con ello se desconozcan los artículos 25, 53, 55, 122, 125, 150 numeral 19 literales e) y f) y 189 numeral 14 de la Constitución, entre otras razones por cuanto como lo admitió la Sala en sentencia de 9 de septiembre de 1993 ya citada, reiterado en la sentencia de 11 de noviembre del presente año, expediente No. 2400, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, cuando de la aplicación del transitorio 20 se trata, no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en virtud de la Inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, ya que ante todo debe imperar el principio de la prevalencia del interés General que informa al Estado Social de Derecho. Y en virtud del cual el Constituyente buscó que se adecuara la estructura interna y las plantas de personal de las respectivas entidades a las necesidades del servicio para obtener el fin último: ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

"Por lo demás, dada la fuerza de Ley que poseen los Decretos como el *sub exámine,* puede afirmarse que el Gobierno ha obrado con sujeción a los principios y reglas que define la Ley, como lo manda el artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política..". (Sentencia de Noviembre 25/ 93, expediente No. 2348, actora: María Paulina Ruiz B. y otros, Consejero Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez).

Asimismo la Sala en diversos pronunciamientos ha reiterado que la voluntad del constituyente plasmada en el artículo transitorio 20, no es más que el desarrollo del principio preconizado en el artículo 1o. de la Carta de que Colombia es un Estado Social de Derecho fundamentado en la prevalencia del interés general, prevalencia esta que debe observarse siempre en el proceso que implica el ejercicio de las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades del Estado para conseguir el fin último de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta Fundamental y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Por ello se ha entendido que cuando el expresado precepto constitucional transitorio autorizó al Gobierno para ejercitar las referidas atribuciones, de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos o empleos que demandaran las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensara el daño que pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones.

Así lo interpretó la Corte Constitucional al Pronunciarse sobre la inexequibilidad de algunas normas del Decreto 1660 de 1991, cuando 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 total 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 daño causado". (Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992, magistrados ponentes, Dres. José Gregorio Hernández G. y Alejandro Martínez C.).

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y con autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

LEVANTESE la suspensión provisional decretada en el numeral 2o. del auto de fecha 11 de junio de 1993.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito efectuado para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el dia quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serano.*

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / IGUALDAD ANTE LA LEY

Si bien, en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial, argumento en el que se apoya la sentencia en relación con este aspecto, tal criterio no debe aplicarse de manera tal que con una amplitud exagerada lleguen a quebrantarse otros principios procedimentales como el de la congruencia, que exige la debida armonía entre lo expuesto y lo solicitado en la demanda y lo analizado o resuelto por el Juez en la sentencia; o el de la igualdad que requiere el mismo tratamiento de las partes dentro del proceso.

RESPONSABILIDAD CIVIL / COMPETENCIA

La determinación de la responsabilidad civil o patrimonial implica el juzgamiento de la conducta del encartado, el cual, debe hacerse por las autoridades y organismos encargados de administrar justicia por disposición de la Constitución Nacional y de las correspondientes leyes y conforme a los procedimientos que en éstas se establecen. Así las cosas, los artículos 5°. y 7°. del Decreto demandado resultan contrarios a la Carta Política, en cuanto para determinar la responsabilidad civil o patrimonial de los servidores de la Empresas Públicas Municipales de Medellín señala autoridades y procedimientos no previstos por aquella.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2582. Autoridades Departamentales. Actor. BERNARDO RAMON MENDOZA ARRIETA.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las Empresas Públicas Municipales de Medellín, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 16 de abril de 1993, en cuanto decretó la nulidad de los artículos 2°. a 7°. del Decreto No. 13 expedido por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín el 14 de septiembre de 1987. Por medio del Decreto demandado se hacen modificaciones a las normas sobre control de equipos automotores y supervisión del personal que los opera.

ANTECEDENTES:

1.- La Demanda.

Manifiesta el actor que el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín profirió el Decreto 013 del 14 de septiembre de 1987, estableciendo un Comité de Choques y Daños a equipos automotores de la entidad con facultad para imponer condenas y exigir su cumplimiento, lo que constituye un acto que contraría varias disposiciones constitucionales y legales debiendo ser, por tanto, anulado por esta jurisdicción. Aduce que el decreto demandado resulta violatorio de los arts. 55, 58, 61, 147 y ss. de la Constitución Nacional. Asimismo porque resulta contrario al artículo 7o.del C.P.C., al articulo 2°. del C.P.L. y al articulo 82 del C.C.A., fuera de que desborda también los estatutos internos de la entidad en su artículos 51 literal p) y 56 literal h).

Explica el demandante el concepto de la violación, afirmando que el acto está viciado de incompetencia, pues sería la Junta Directiva la que conforme a los estatutos y a la ley tendría la facultad de proferir tal acto; que el Comité no puede declarar culpables a las personas que participen o que tengan que ver con el siniestro en que se haya envuelto un equipo automotor de la entidad; que se está creando, no sólo un comité de tipo administrativo, sino que a éste se le está asignando la facultad de fallar e imponer condena mediante la declaración de responsabilidad, es decir, mediante la elaboración de juicios que tienen el alcance de decisiones con carácter de cosa juzgada y que se crea todo un procedimiento para el funcionamiento de dicho comité.

Estima además el accionante que la administración de justicia le corresponde a la rama jurisdiccional y que la creación de juzgados y entes que la administren le corresponde a la ley, agregando que "además de lo antes dicho, el art. 61 de la Constitución prohibe expresamente que una misma rama del poder público ejerza en tiempo de paz la autoridad civil y la judicial".

SECCION PRIMERA

2. La Sentencia Apelada.

En providencia del 16 de abril de 1993, el Tribunal Administrativo de Antioquia, se pronunció sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del decreto demandado y negando las demás peticiones.

Considera el Tribunal en su motivación:

"El acto impugnado entró a regir desde la fecha de su expedición, que tuvo lugar el 14 de septiembre de 1987. En esta época regía el artículo 62 de la Constitución Nacional anterior, que reservaba a la ley la determinación del régimen disciplinario de los empleados públicos. Estatuía dicho canon, en lo pertinente: "La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva...". Es del caso tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia había declarado inexequible el aparte del artículo 296 del Código de Régimen Municipal de 1986, relativo a la competencia de las autoridades locales para establecer la escala de sanciones y el procedimiento disciplinario de los servidores de los municipios. El alto organismo fundamentó su decisión en la vigencia del citado artículo 62 de la Carta Política que, como se vió, atribuía al legislador, de modo exclusivo, la regulación de tales materias.

"2.1. En tales condiciones, se hizo necesario que la ley 49 de 1987 sometiera a los municipio a las prescripciones de la Ley 13 de 1984 y el Decreto Reglamentario 482 de 1985, para llenar el vacío existente a la sazón. Así, pues, los municipios y sus entidades descentralizadas deben acatar lo que disponen dichos ley y decreto cuando se trate de sancionar a un empleado público. La Ley 13 contempla, entre otras materias, estas: dosifica las faltas entre leves y graves, describe algunas de las faltas graves que dan lugar a destitución, asigna al jefe del organismo la facultad de imponer las penas y confiere a la Comisión de Personal la función de emitir concepto previo sobre la procedencia de la medida de destitución. Por su parte, el Decreto 482 señala, entre otros aspectos, las etapas de] proceso disciplinario y dice cómo debe ser la actuación en cada una de ellas".

De lo anterior, deduce el Tribunal la ilegalidad del artículo 5°. del Decreto impugnado, "que define la composición del Comité de Choques y Daños del establecimiento público y preceptúa que corresponde al mismo determinar '...en cada accidente la culpabilidad del conductor o del empleado causante del daño'.

Es notoria la violación del ordenamiento, porque se despoja al Jefe del organismo, que es el Gerente General, en el caso concreto de las Empresas, de su poder de castigar a quien produjo el daño, (...). Infringen igualmente el precepto legal, los artículos 3, 4, 5, 6 y 7, por cuanto desarrollan y complementan la competencia que se concede al Comité de Choques y Daños. En síntesis, parten del supuesto de que en ese comité radica el poder disciplinario y contribuyen, por tanto a llevarlo a la práctica".

La sentencia del Tribunal concluye así:

> "Como se explicó, el demandante plantea, básicamente, a la jurisdicción un vicio de incompetencia. Ese vicio está configurado en este caso, según ha sido expresado. Plantea el vicio, se repite, aunque no acertó al citar la norma concreta. La Sala ha procedido con cierta amplitud, en atención al artículo 228 de la Constitución Nacional, que establece la prevalencia del derecho sustancial. Ha tenido en cuenta asímismo pronunciamientos recientes del Consejo de Estado, tales como el del 24 de agosto de 1992, actor Gustavo Adolfo Caballero, Expediente 1780".

3.- La Sustentación del Recurso.

Advierte el recurrente que el Tribunal cometió el error de anular el artículo 2o. del acto impugnado habiendo dicho en la parte motiva de la sentencia que esa disposición obedecía a unos criterios lógicos y razonables, además de que en dicho artículo no se cita para nada al Comité de Choques y Daños. Sostiene que los únicos artículos anulados que se ocupan propiamente de reglamentar el citado Comité, son el 5o., el 6o. y el 7o. del Decreto 13 de 1987.

Sobre estos últimos artículos, aclara el memorialista que el Gerente de las Empresas no fue despojado de la competencia disciplinaria que le otorgó la ley pues para ello se habría requerido que otro funcionario u órgano le hubiese quitado o usurpado tal facultad. Por el contrario, aduce, "debe tenerse en cuenta que el Decreto impugnado fue expedido por el propio Gerente General del Establecimiento Público Municipal, y por tanto su competencia la delegó en sus subalternos, en lo que se podía delegar, y para ello encuentra autorización válida, como más adelante se explicará, en el literal l) del artículo 56 del Decreto 375 de 1955 anexado al expediente".

Explica también, que ninguno de los artículos anulados, ni en la totalidad del decreto demandado, se contemplan las actividades que la Ley 13 de 1984, o su decreto reglamentario, consideran privativas de la autoridad nominadora "(que en el caso de las Empresas Públicas de Medellín, corresponde a la figura del Gerente General -artículo 56, literal i) del Decreto 375 de 1955-), y que se

concretan o sintetizan en la **aplicación de la sanción de destitución de la multa y en la suspensión,** tal como se desprende de los artículos 16 de la ley citada, y 45 y 50 del Decreto Reglamentario 482 de 1985. **Únicamente estos artículos, repito, son los que consagran el ejercicio privativo por parte de los jefes o nominadores, de algunas facultades propias de la potestad disciplinaria".** El Comité de Choques y Daños no puede amonestar, censurar, multar, suspender ni destituir a empleado o servidor alguno de las Empresas Públicas de Medellín.

Manifiesta por último el recurrente, que "muchas actividades de las que integran el ejercicio de la potestad disciplinaria, pueden, a la luz de la ley y del Decreto citados, adelantarse por empleados subalternos; de ahí se desprende el contenido del Decreto 13 de 1984 (sic), el cual, en ninguna de sus normas, delega a otros funcionarios subalternos de la Gerencia, lo que la ley no permite delegar. No hay pues, por lo tanto, violación de ninguna norma jurídica superior".

4. El Concepto Fiscal.

La señora Procuradora Delegada ante esta Sección del Consejo de Estado, al analizar las razones de la alzada, deduce que "las normas anuladas por el Tribunal no contienen ningún régimen disciplinario que altere el legalmente establecido para los empleados de los varios niveles de la administración pública, ni desplazan al Gerente de las Empresas Públicas de Medellín en su poder sancionatorio.

Simple y llanamente -es su concepto concluyente- el Decreto 013, cuya legalidad se discute, se ocupa de asunto diferente, cual es el de la responsabilidad civil por daños ocasionados a los vehículos de la empresa y/o a terceros".

LA SALA CONSIDERA:

Tarea fundamental de este proveído será la de analizar si el acto demandado en acción de nulidad viola en realidad las normas superiores señaladas por el accionante y a las cuales dicho acto debió someterse, so pena de su invalidez.

Sin embargo, antes de analizar el caso planteado, debe la Sala hacer dos observaciones respecto de la sentencia recurrida.

En primer término, la providencia de primera instancia no hace alusión alguna a las normas citadas como violadas en la demanda, como fueron los artículos 55, 58, 61 y 147 de la Constitución Nacional de 1886; 7°. del Código de Procedimiento Civil; 2°. del Código de Procedimiento Laboral y 82 del Código

Contencioso Administrativo, sino que para anular algunos artículos del acto acusado, se limita a compararlos con lo dispuesto en la Ley 13 de 1984 y en el Decreto Reglamentario de 1985, previa conclusión de que, especialmente el artículo 5°. es ilegal, cuando establece la composición del Comité de Choques y Daños y preceptúa que corresponde al mismo determinar, en cada accidente la culpabilidad del conductor o del empleado causante del daño.

Inexplicable resulta para la Sala la actitud que en éste sentido adoptó al *a quo,* pues si bien, en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial, argumento en el que se apoya la sentencia en relación con éste aspecto, tal criterio no debe aplicarse de manera tal que con una amplitud exagerada lleguen a quebrantarse otros principios procedimentales como el de la congruencia, que exige la debida armonía entre lo expuesto y lo solicitado en la demanda y lo analizado y resuelto por el Juez en sentencia; o el de la igualdad que requiere el mismo tratamiento de las partes dentro del proceso.

En segundo término, tampoco entiende la Sala, cómo el Juez de primera instancia en la parte considerativa de su providencia, a tiempo que no ve la razón para considerar al artículo 2°. del Decreto acusado violatorio de la ley, lo incluye entre las disposiciones declaradas nulas en las decisiones de la sentencia.

Esta impropiedad que supone la Sala involuntaria, debe entenderse corregida, si fuere necesario, en esta segunda instancia.

Hechas las precisiones anteriores se ocupará la Sala del fallo recurrido, haciendo alusión a las normas constitucionales y legales relativas a la competencia de los funcionarios en la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos, pues en esencia es a tal circunstancia a la que se circunscribe el debate planteado en los autos, teniendo en cuenta, desde luego, lo estudiado y decidido en la sentencia, y lo argumentado en el escrito que la impugna.

El acto acusado es el Decreto 013 de 14 de septiembre de 1987, proferido por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, "Por el cual se hacen modificaciones a las normas sobre control de equipos automotores y supervisión del personal que los opera".

De conformidad con la esencia del concepto de la violación expuesto en el libelo; de las consideraciones de la sentencia recurrida y del escrito de apelación, los cargos resultan procedentes contra los artículos 5°. y 7°. del Decreto acusado, en la medida en que, según el primero, el Comité de Choques y Daños "determinará en cada accidente la culpabilidad del conductor o del empleado causante del daño" y en que, según el segundo, "si el conductor o

causante del daño es declarado culpable por el Comité de Choques y Daños, el responsable podrá interponer el recurso de reposición ante el mismo organismo, para que aclare, modifique o revoque el acto. Si en definitiva se le responsabiliza del valor de los daños, el Departamento de Salud y Seguridad Industrial decidirá su forma de pago".

Para la Sala resulta claro que mediante los dos artículos precisados, se le está dando al Comité de Choques y Daños, creado por el acto acusado y compuesto por los Jefes de las Divisiones de Relaciones Industriales y Jurídica y por el Jefe de Departamento de Talleres, o por los delegados que ellos designen, la competencia para determinar la responsabilidad civil o patrimonial de los servidores de las Empresas Públicas de Medellín por los daños que causen con los automotores de la entidad: y además se establece un procedimiento que Incluye el recurso de reposición contra el acto que lo declare culpable.

La determinación de la responsabilidad civil o patrimonial implica el juzgamiento de la conducta del encartado, el cual, debe hacerse por las autoridades y organismos encargados de administrar justicia por disposición de la Constitución Nacional y de las correspondientes leyes y conforme a los procedimientos que en éstas se establecen. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55, 58 y 61 de la Constitución Nacional de 1886.

Así las cosas, los artículos 5°. y 7°. del Decreto 013 de 1987 resultan contrarios a la Carta Política, en cuanto para determinar la responsabilidad civil o patrimonial de los servidores de las Empresas Públicas de Medellín señala autoridades y procedimientos no previstos por aquella.

Dentro de la perspectiva expuesta la Sala no encuentra razones para declarar la nulidad de los demás artículos del acto impugnado, porque ellos, concretamente el 2°., 3°., 4°. y 6°, declarados nulos por el Tribunal, no son más que el ejercicio de la facultad de control y vigilancia que debe ejercer el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín sobre los automotores de la entidad, y de supervisión del personal que lo opera. Estas facultades se las concede el Decreto 375 de 1955. contentivo de los estatutos del establecimiento cuando en el articulo 56 le señala entre otras la función de administrar y coordinar las distintas dependencias del organismo, y de "vigilar, manejar, sostener, administrar, desarrollar y mejorar las propiedades o bienes del establecimiento, entendiéndose que estas atribuciones le corresponden como jefe de la administración y habrá de desempeñarlas por medio del personal subalterno que al efecto se haya creado, o por medio de las personas con quienes se hayan celebrado contratos ejerciendo sólo la Inspección o dirección superior". (literales a y f). En consecuencia, los artículos arriba citados no devienen ilegales y por lo tanto debe revocarse la sentencia en cuanto declaró su nulidad.

Por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad de los artículos 2°., 3°., 4°. y 6°. del Decreto acusado en el proceso de la referencia, y en su lugar, se deniega la pretensión en cuanto a estos artículos.

CONFIRMASE en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior Providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SECCION

SEGUNDA

DOTACION DE CALZADO Y VESTIDO / EMPLEADO PUBLICO

El art. 1 de la ley 70 de 1988 dispuso que los empleados públicos que trabajan al servicio, entre otras entidades de los establecimientos públicos, "tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro meses en forma gratuita, un par de zapatos y un vestido de labor, siempre que su remuneración sea inferior a dos veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres meses al servicio de la entidad empleadora. Por su parte, el art. 2 del decreto 1978 de agosto 31 de 1989 dispuso que "el suministro a que se refiere el art. anterior deberá hacerse los 30 dias de abril, de agosto y 30 de diciembre de cada año. La entrega de dotación para el trabajo, no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso". El demandante era un empleado público al servicio de un establecimiento público del orden municipal, al que le es aplicable la ley 70 de 1988 y su decreto reglamentario 1978 de 1989.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de octubre mil novecientos noventa y tres (1993).-

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

Referencia: Expediente No. 7295. Consulta Sentencia. Actor: OSCAR QUINTERO HERNANDEZ.

Proveniente del Tribunal Administrativo del Quindío, ha venido a esta Corporación en grado de consulta, la sentencia de 9 de julio de 1992, pronunciada

en el proceso promovido por Oscar Quintero Hernández contra las Empresas Públicas de Calarcá (Quindío).

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy, de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó del Tribunal del conocimiento, que hiciera los siguientes pronunciamientos:

"PRIMERO: Declarar que es nulo el acto administrativo de fecha 23 de noviembre de 1990, contenido en el oficio número 005147 suscrito por el Señor Gerente de las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CALARCA, por medio del cual no se accedió al reconocimiento y pago de subsidio de transporte, dotación de calzado y vestido de labor, dominicales y festivos por trabajo permanente, recargo por trabajo nocturno y ajuste al valor de primas y vacaciones, negando la petición elevada por mi mandante el 20 de noviembre de 1990 como empleado de esa institución."

"SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad anterior y a manera de restablecimiento del derecho, se CONDENARA a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES de Calarcá, a pagar a favor del demandante, el subsidio de transporte, dotación de calzado y vestido de labor, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, horas extras y ajustes al valor por primas y vacaciones que tiene derecho como empleado de esa Institución y que se han dejado de pagar".

"TERCERO: Se condenará a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES de Calarcá, a que las diferencias salariales a que se contrae la condena anterior, sean reconocidas y pagadas con la retroactividad correspondiente, según la efectividad indicada en las normas vigentes y que hacen relación a ese derecho".

"CUARTO: CONDENAR a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES de Calarcá a pagar en favor del demandante, el mayor de las primas y demás prestaciones, de acuerdo a reliquidación y de conformidad con lo que se disponga en la sentencia".

"QUINTO: Se CONDENARA a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CALARCA, a que en el futuro se pague al demandante, sus asignaciones correspondientes a subsidio de transporte, dotación de calzado y vestido de labores, dominicales y festivos, recargo

por trabajo nocturno, horas extras y ajustes al valor por primas y vacaciones a que tiene derecho, de acuerdo con las disposiciones legales".

"SEXTO: La entidad demandada pagará en favor del demandante, intereses comerciales, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, y transcurridos tres (3) meses de tal ejecutoria, pagará intereses moratorios, hasta el pago total"

"SÉPTIMO: Todo pago se imputará primero a intereses, de conformidad con el artículo 1653 del Código Civil y la entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo". (fls 51-53 c. ppal.)

El Tribunal en el fallo objeto de consulta, denegó las pretensiones relacionados con el reconocimiento y pago del subsidio de transporte de que trata el artículo 50 del Decreto 1042 de 1978, lo mismo que lo concerniente a las primas de vacaciones y de servicios de que tratan los artículos 5°, 17, 25 y 26 del Decreto 1045 de 1978, por cuanto ninguno de esos dos decretos se aplican a servidores del orden municipal a pesar de la remisión a ellos que hace el reglamento interno de las Empresas Públicas Municipales de Calarcá, en su preámbulo, porque esa remisión no procede debido a que riñe con la ley de facultades para su aplicación.

Con referencia al reconocimiento y pago de calzado y dotación de vestido de labor, el Tribunal consideró que según la ley 70 de 1988, vigente a partir del 23 de diciembre de ese año, le es aplicable ese beneficio al actor, debido a que la norma hace referencia a empleados del sector oficial, sin excepción alguna y se extiende a los empleados de los establecimientos públicos y como el actor devengaba sueldo inferior a dos veces el salario mínimo legal vigente para los años 1988, 1989 y 1990, concluyó que tenía derecho a siete dotaciones. Dispuso igualmente que al valor de la dotación de calzados y vestidos de labor, se descontará en el evento de haber sido pagada, la suma de $28.000,oo que se le reconoció en la diligencia de conciliación y dijo que esta prestación no es salario ni se computa como factor del mismo.

Como hubo conciliación respecto al tiempo laborado en jornada nocturna, el a-quo dijo que ello no era objeto del fallo y en cuanto al trabajo dominical y festivo, precisó que el accionante era un vigilante diurno y como ese trabajo era habitual, estaba incluído el recargo del 100% por laborar los dìas de descanso obligatorio y si así no ocurrió, debió demostrar que no se le pagó el recargo o no se le concedió el compensatorio, por lo que no hay lugar al ajuste de las primas y vacaciones recibidas.

SECCION SEGUNDA

Concluyó el Tribunal disponiendo la nulidad del acto y el restablecimiento impetrado pero sólo en cuanto negó la dotación de calzado y vestidos de labor a favor del accionante, condena que se hizo in genere para que en trámite incidental el accionante acredite su valor.

La Procuraduría Quinta Delegada en lo Contencioso, en su concepto, expresa que la Corporación debe limitarse a verificar el aspecto objeto de consulta, o sea, lo relacionado con la condena al pago de calzado y vestido de labor; y al respecto dice que de acuerdo con la ley 70 de 1988 reglamentada por el Decreto 1978 de 1989, se extendió ese beneficio a todos los servidores públicos, tanto nacionales como de entidades territoriales y como el actor devengaba un sueldo "inferior a dos (2) veces el salario mínimo" durante los años 1988, 1989, 1990 y 1991 tenía derecho desde la vigencia de la ley 70 de 1988, a dotación de un par de zapatos y un vestido de trabajo cada cuatro (4) meses.

Pide en consecuencia se confirme el fallo consultado (fls. 258-262 C. ppal)

Surtido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Como lo precisa la Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso, no habrá lugar a un pronunciamiento en lo relacionado con las súplicas de la demanda que se denegaron por el Tribunal y que hacen referencia a las pretensiones de reconocimiento y pago de subsidio de transporte, horas extras, recargo por trabajo nocturno, dominicales y festivos y ajustes a las primas y vacaciones, debido a que el fallo no fue apelado por la parte demandante.

La Sala concretará su análisis a la condena objeto de consulta, o sea, al reconocimiento y pago de la dotación de calzado y vestido de labor.

Ciertamente el artículo 1°. de la ley 70 de 1988 dispuso que los empleados públicos que trabajan al servicio, entre otras entidades, de los establecimientos públicos, "tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora".

Por su parte, el artículo 2º. del Decreto 1978 de agosto 31 de 1989 dispuso que: "El suministro a que se refiere el artículo anterior deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año. La entrega de dotación para el trabajo, no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso".

En el *sub-examine* se acreditó que al accionante se le nombró mediante Resolución 009 de enero 12 de 1984 como vigilante diurno, nivel administrativo y tomó posesión del cargo el 16 de enero del mismo año. (fls. 6 y 7 c.ppal) y según referencia que hace el reglamento de trabajo (fl.8) la entidad Empresas Públicas de Calarcá es un establecimiento público.

Lo anterior significa, que el demandante era un empleado público al servicio de un establecimiento público del orden municipal, al que le es aplicable la ley 70 de 1988 y su decreto reglamentario 1978 de 1989.

Ahora bien, como la ley 70 entró a regir el 23 de diciembre de 1988 y el accionante laboraba en la entidad demandada desde el 16 de enero de 1984, por 1988 tiene derecho a una dotación, pues a la fecha de entrada en vigencia de la ley, percibía un sueldo mensual de $34.073,oo (fl. 133 c.2) inferior a dos veces el salario mínimo legal que para el año de 1988 fué de $ 25.637,40 según el Decreto 2545 de 1987. En el año de 1989 devengó mensualmente $42.591,oo (fls. 135-159 c.2) y el salario mínimo fue de $32.559,60, según el Decreto 2662 de 1988, por lo que tiene derecho al reconocimiento de tres (3) dotaciones. En el año de 1990 percibió mensualmente $53.239,oo (fls. 161-185 c.2) y el salario mínimo fue de $41.025,oo, según el Decreto 3000 de 1989, luego también tiene derecho al reconocimiento de tres (3) dotaciones para ese año. En el año de 1991 laboró hasta el 15 de abril, fecha en que fue declarado insubsistente (fl. 92 c.ppal) o sea que no trabajó el cuatrimestre completo, por lo cual no tenía derecho a la dotación para ese año.

Se infiere de lo anterior que el accionante tiene derecho a siete (7) dotaciones de calzado y vestido de labor, como lo determinó el Tribunal.

De manera que procede confirmar la sentencia en consulta por ajustarse a la realidad procesal.

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,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

1. CONFIRMASE la sentencia de nueve (9) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) pronunciada por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por Oscar Quintero Hernández contra las Empresas Públicas Municipales de Calarcá. (Quindío)

2. El interesado dentro del plazo de sesenta (60) dias contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento de lo resuelto por el superior, deberá presentar escrito incidental de liquidación de la condena, debidamente motivado y justificado, anunciando las pruebas que para el efecto quiera hacer valer.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión el día veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA / PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

El apoderado del actor se remite al principio de la doble instancia establecido en el artículo 31 de la nueva Carta Política, que consagra que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. Esas excepciones, ha dicho la Sección, ya están consagradas, las cuales no resultan contrarias a la disposición constitucional invocada por el recurrente, y mientras no se expidan otras disposiciones que modifiquen las excepciones, éstas seguirán gobernando la distribución de competencias en la jurisdicción de los contencioso administrativo. Y de otra parte, como en realidad de verdad la asignación mensual correspondiente al cargo del cual fue desvinculado el actor, como bien lo analiza el Tribunal en la providencia impugnada, no da para una segunda instancia, se considerará bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

Consejo De Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Refeferencia: Expediente No. 8064 RECURSO DE QUEJA. Actor: ESTEBAN ALVAREZ VELANDIA.

Procede la Sala a desatar el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 5 de noviembre de 1992 (fl. 13) proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda

SECCION SEGUNDA

"Subseccion "B" mediante el cual no se accedió a conceder el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 11 de septiembre de ese mismo año, que negó las súplicas de la demanda.

Para no conceder la alzada argumenta el Tribunal, que el artículo 131, numeral 6o., literal b) del decreto 01 de 1984, en armonía con el decreto 3867 de 1985, vigente al momento de presentación de la demanda el 13 de noviembre de 1987, establecían que los tribunales administrativos conocían en única instancia de los procesos que implicaran retiro del servicio, entre otros, cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no excedía de la suma de $80.000.oo.

Y que de acuerdo con la certificación allegada al proceso, la asignación básica mensual correspondiente al cargo del cual fue separado el actor era de $32.500.oo, de donde resulta ser el proceso de única instancia.

En acatamiento a lo dispuesto por el artículo 378 del C.P.C. el apoderado de la parte demandante interpuso reposición contra el auto de 5 de noviembre de 1992, no accediendo el Tribunal a revocar el proveído y, en su defecto, dispuso que se compulsaran las copias de las piezas pertinentes del proceso para los efectos del recurso de queja.

En la sustentación de este recurso arguye el apoderado del actor, que en criterio del Tribunal el artículo 31 de la Constitución no puede aplicarse en atención a que no ha sido regulado por el legislador, y en tales circunstancias, debe tener plena vigencia el artículo 181 del C.C.A. que dice cuáles son las providencias susceptibles del recurso de apelación.

Interpretación del Tribunal, que dice, resulta equivocada puesto que le da prevalencia a una norma legal y de procedimiento sobre el artículo 31 de la Constitución que consagra el derecho fundamental de defensa, puesto que el principio de las instancias, aceptado por el derecho universal, no es otra cosa, que la garantía del derecho de defensa, que no puede sacrificarse por la aplicación equivocada de normas adjetivas como las relativas a las cuantías para establecer sí procede o no el recurso. Y mientras el legislador no consagra las excepciones, que deberán ser taxativas, no puede decirse que el precepto constitucional no puede aplicarse.

SE CONSIDERA:

En la sustentación del recurso de queja el apoderado del actor se remite al principio de la doble instancia establecido en el artículo 31 de la nueva Carta

Política, que consagra que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

Esas excepciones, ha dicho la Sección, ya están consagradas, las cuales no resultan contrarias a la disposición constitucional invocada por el recurrente, y mientras no se expidan otras disposiciones que modifiquen las excepciones, éstas seguirán gobernando la distribución de competencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Y de otra parte, como en realidad de verdad la asignación mensual correspondiente al cargo del cual fue desvinculado el actor, como bien lo analiza el Tribunal en la providencia impugnada, no da para una segunda instancia, se considerará bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

Con base en lo expuesto, la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, Sección Segunda,

RESUELVE :

1.- Declárese bien denegado el recurso de apelación.

2.- Ejecutoríada esta providencia envíese el expediente al respectivo Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciseis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Interpretación

En estas condiciones y haciendo uso al efecto de los poderes de interpretación de la demanda atribuídos al fallador y en aras de las prevalencias del derecho sustancial, es obvio inferir que se demanda a la Nación, pues es indiscutible que al emplear, la expresión "gobierno nacional" se está haciendo referencia a la entidad a que corresponde dicho gobierno, es decir a la Nación.

PERSONAL DE LA FUERZAS MILITARES / PROCESO DISCIPLINARIO / TRIBUNAL DISCIPLINARIO - Convocatoria / COMPETENCIA / NULIDAD PROCESAL - Saneamiento

El actor, en el momento en que se convocó el Tribunal Disciplinario que lo juzgó por las presuntas infracciones que cometió, se hallaba adscrito a la Primera Brigada del Ejército, con sede en Tunja y que el Comandante de ésta no fue quien efectuó tal convocatoria, fuerza concluir que, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 1776 de 1979, el Tribunal Disciplinario que falló el proceso, carecía de competencia para ello, pues fue convocado por el Comandante de la Quinta Brigada, con sede en Bucaramanga y no por el Comandante de la Primera Brigada con sede en Tunja. No obstante lo anterior y habida consideración a que el actor no alegó la irregularidad que se presentaba por la ausencia de competencia de quien convocó el Tribunal Disciplinario que lo juzgaría, de conformidad con la preceptiva jurídica que regula la materia -Código de Procedimiento Civil, art, 151 del anterior, 144 del actuar, aplicable al *sub-lite-*, la Sala estima que la causal de nulidad falta de competencia territorial, a que se ha hecho referencia, quedó saneada y, por tanto, no es dable infirmar el acto acusado,

fundamentándose en la incompetencia de la Quinta Brigada para convocar el aludido Tribunal Disciplinario.

PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES / PROCESO DISCIPLINARIO / DERECHO DE DEFENSA

Carece de fundamento la alegación consistente en el desconocimiento del derecho de defensa del accionante pues desde su vinculación al proceso disciplinario que ocurrió con motivo de la diligencia de descargos, estuvo representado por los voceros designados libremente por él.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 3312 RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: LUIS ANTONIO RAMOS HEREDIA.-

El señor Luis Antonio Ramos Heredia en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada por el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, impetró la nulidad de los siguientes actos: Resolución No. 039 de 28 de mayo de 1980 expedida por el Comandante de la Quinta Brigada del Ejercito, por la cual se convocó un Tribunal Disciplinario en la Guarnición de Bucaramanga, para que analizara y fallara las faltas constitutivas de mala conducta en que pudo haber incurrido; la actuación subsiguiente, especialmente, el fallo proferido por dicho Tribunal el 4 de junio de 1980, por el cual se le impuso la sanción de separación absoluta de las Fuerzas Militares; la providencia del Comando General de las Fuerzas Militares confirmatorio del aludido fallo y, el Decreto No. 2309 de 29 de agosto de 1980, del Gobierno Nacional por el cual fue separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares, por haber sido hallado responsable de violar el Reglamento de Régimen Disciplinario pertinente.

Como consecuencia de tales declaraciones solicitó su reintegro al servicio activo del ejército en el grado mencionado, el pago de los sueldos, primas y subsidios dejados de devengar desde la fecha de su retiro hasta el día en que sea reincorporado al servicio y la declaratoria de inexistencia de solución de continuidad para los efectos que menciona.

Como HECHOS sustentatorios de sus pretensiones relata el actor que cuando prestaba sus servicios como oficial del Batallón de Artillería Número 5

"Galán", con sede en la ciudad del Socorro, por enfermedad, el 8 de agosto de 1979 fue enviado a Bogotá a tratamiento médico, permaneciendo en ésta hasta el 5 de enero de 1980, en cuya ausencia el Comando del citado Batallón, ordenó adelantar en su contra un informativo disciplinario, del cual sólo se enteró en diciembre de 1979 , "cuando ya la investigación estaba agotada, faltando solo la diligencia de descargos como inculpado, que se incumplió de inmediato." (folio 19).

No obstante lo dispuesto en el artículo 165 del Decreto 1776 de 1979, sólo se le designó vocero para la diligencia de descargo, cuando ya la investigación se había agotado.

Por haber sido trasladado el 1o. de enero de 1980 al Comando de la Primera brigada con sede en la ciudad de Tunja, "Batallón Tarqui", allí se le convocó un Tribunal Disciplinario para que juzgara su conducta, el cual lo absolvió de los cargos que le fueron imputados como infractor del reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Al ser consultada con el Comando General de dicha Fuerza, esa decisión fue anulada por incompetencia del órgano que la adoptó, en atención a que los hechos investigados se hablan sucedido en otra jurisdicción.

Vueltas las diligencias a la Quinta Brigada de Bucaramanga, los oficiales vocales que conformaban el Tribunal Disciplinario convocado por aquella para juzgar su conducta, no profirierón veredicto, en razón de que uno votó por la continuación del demandante en las Fuerzas Militares, otro por su separación temporal de la institución y el último por su separación absoluta. Por consiguiente, por medio de la Resolución No. 039 de 1980, el Comando de la Quinta Brigada convocó un nuevo Tribunal Disciplinario, que acogiendo el veredicto que por unanimidad de votos emitieron los vocales, dispuso la separación absoluta de las Fuerzas Militares del demandante, en providencia de 4 de junio de 1980, la cual fue confirmada por la fechada el 25 de julio siguiente.

En tal virtud, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2309 de 29 de agosto, de 1980, separó en forma absoluta de las Fuerzas Militares al actor, Decreto que le fue notificado el día 16 del siguiente mes de septiembre.

Luego de referirse a los cargos que se le impetraron incumplimiento de deudas contraídas con los señores Pedro Angarita Medina y Felipe Antonio Espitia Vega y con la propietaria del Almacén "Patricia" del Socorro-, el accionante invoca como violados los artículos 17, 26 y 169 de la Constitución Política, 156 literal f), 165, 172 literal a), c) y d) y 178) y normas concordantes del Decreto 1776 de 1979, Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas- Militares, por cuanto habiéndose iniciado las diligencias investigativas

en el mes de septiembre de 1979, no se le enteró de esta situación para que nombrara vocero ni, en su defecto, el funcionario instructor lo hizo de oficio, y porque el Tribunal Disciplinario que lo juzgó, de acuerdo con lo dispuesto en el citado decreto, no era competente para ello, toda vez que habla sido trasladado desde el 1o. de enero de 1980 a una Unidad Operativa distinta de la que convocó el referido Tribunal, o sea a la Primera Brigada con sede en Tunja.

En la sentencia impugnada el Tribunal del conocimiento declaró la inhibición para hacer un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la demanda, en virtud de que ésta no se dirigió contra la Nación, sino contra el Ministerio de Defensa Nacional o el Gobierno Nacional, que carece de personaría jurídica.

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia, arguyendo que si el Misterio de Defensa no fuera expresión misma de la Nación y no tuviera capacidad para comparecer en juicio "no existiría la obligación legal de notificarlo personalmente, porque, en principio, quien representa a la Nación, es la Procuraduría a través de sus Fiscales, asignados al honorable Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos" (folio 178), que por tener tal capacidad, dicho ministerio se hizo presente para oponerse a sus pretensiones.

Agrega, que ello es tan cierto, "que al hablar del Ministerio de Defensa se está refiriendo a la Nación, que en la referencia de la sentencia recurrida dice la Honorable Sala de Decisión: "Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral contra LA NACION -Ejército Nacional- cita a la Nación porque esa es la persona realmente demandada y nó otra." (folio 178).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La doctora Fiscal Quinto en la vista reglamentaria, apoyándose en jurisprudencia de la Corporación opina que la sentencia debe ser revocada, pues a su juicio no procede proferir fallo inhibitorio, por cuanto "la demanda debe interpretarse teniendo en cuenta que no se debe sacrificar el derecho sustancial por el formal, y al demandarse al Ministerio de Defensa Nacional se entiende claramente que la persona jurídica demandada es la Nación , máxime si se tiene en cuenta que a pesar de no estar dirigida contra la Nación y el mencionado Ministerio, este actuó, desde el momento en que se le notificó el auto admisorio de la demanda al Secretario General del Organismo." (folio 76).

En relación con el fondo de la *litis*, la agencia fiscal señala que la investigación disciplinaria adelantada contra el actor, "desde el momento de la

apertura a pruebas no se ajusta a lo preceptuado en el Decreto Ley 1776 de 1979 en los artículos 165 y 166 toda vez que no aparece vocero o defensor del demandante sino hasta el momento de la diligencia de descargos, llevada a cabo el día 6 de diciembre de 1979 cuando nombró apoderado, ya que en la declaración dice no saber por qué lo llamaron a deponer," (folio 267), por cuanto, conforme con lo previsto en los artículos 165 y 166 del Decreto 1776 de 1979, el actor tenía derecho a nombrar vocero desde el inicio de la investigación disciplinaria y, en caso de no hacerlo, corresponda designarlo al investigador, a fin de que solicitara las pruebas tendientes a desvirtuar los cargos. Como ello no se hizo, asevera, se violó el debido proceso ordenado por el Artículo 26 de la Constitución Política de 1886, regulado por el citado decreto.

Agotado el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

En primer lugar, se dilucidará lo concerniente a la procedencia, en el presente caso, de proferir fallo inhibitorio, con fundamento en el hecho de haberse designado incorrectamente la parte demandada.

Sobre el particular se observa, que en el escrito introductorio de la acción, no se indica expresamente la parte demandada y sólo se impetra a la jurisdicción que previa notificación personal "a los señores Agentes del Ministerio Público y Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, mediante sentencia se haga," entre otras declaraciones, la de "Que como consecuencia de la nulidad que se decrete de los anteriores actos y para restablecer el derecho violado, el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, dentro del término improrrogable señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, queda obligado a restituir al señor Luis Antonio Ramos Heredia en el grado de Capitán del Ejército y a reconocerle y pagarle los sueldos, primas y subsidios dejados de devengar, desde la fecha en que fue separado del servicio activo de las Fuerzas Militares, 29 de agosto de 1980, hasta cuando se le reintegre al servicio del Ejercito, en cumplimiento de la sentencia que el Honorable Tribunal profiera en el presente caso." (folio 19).

Ciertamente no se señala expresamente a la Nación como la persona jurídica que deba concurrir al proceso como parta demandada y tampoco se designa como tal, a otra entidad, oficial, ni siquiera cuando se requiere notificar al Ministerio de Defensa se le atribuye esa calidad, ni se le identifica como centro imputación de la responsabilidad oficial, en el caso la nulidad de los actos acusados, sino que advierte que es el Gobierno Nacional a quien corresponde asumir los compromisos que se deriven de esa declaratoria.

En estas condiciones y haciendo uso al efecto los poderes de interpretación de la demanda atribuidos al fallador y en aras de las prevalencia del derecho sustancial, es obvio inferir que se demanda a la "Nación, pues es indiscutible que al emplear la expresión "gobierno nacional" se está haciendo referencia a la entídad a que corresponde dicho gobierno, es decir a la Nación.

Así lo entendió el *a-quo* cuando en el texto mismo de la sentencia impugnada determina que se definirá la "Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral contra LA NACION- Ejército Nacional-."

En este orden de ideas, fuerza colegir que desde el punto de vista del requisito procesal de la demanda en forma, no existe ningún obstáculo que impida el conocimiento de fondo de las pretensiones del accionante, por lo cual se procederá a analizar los argumentos de la impugnación que se plantean en el libelo.

1) Dos son los motivos fundamentales de discusión, expresados por el demandante

El desconocimiento del derecho de defensa que, de conformidad con lo previsto en el Articulo 165 del Decreto 1776 de 1979, le asistía, en virtud de que únicamente hasta la diligencia de audiencia se le vinculó al proceso y, consiguiente, sólo hasta ese momento designó vocero que lo representara. Por tanto, no se le dio oportunidad de solicitar pruebas en la etapa instructiva del proceso disciplinario, ya que tampoco el funcionario investigador le nombro vocero de oficio.

2) Ausencia de competencia de la autoridad administrativa que convocó el Tribunal Disciplinario que lo juzgó, por cuanto según lo estatuído en el citado Decreto, la autoridad competente para hacerlo era el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenecía el oficial inculpado, para el caso, el Comando de la Primera Brigada con sede en Tunja, puesto que para la fecha en que se convocó aquel, el accionante se hallaba adscrito a dicha Brigada.

Por ser prevalente este último aspecto de la impugnación (incompetencias), se impone dilucidarlo en primer lugar.

Reza así el Artículo 178 del Decreto 1776 de 1979:

"Cuando el inculpado sea un Oficial o un civil con categoría de Especialista del Primer Grupo, la convocatoria del Tribunal y la designación de sus integrantes corresponderá al Comandante de Unidad Operatíva, Fuerza o Base Naval o Comando Aéreo a la cual pertenezca. Cuando a la investigación estuviera

vinculado personal perteneciente a diferentes Unidades, Reparticiones o Fuerza corresponderá decidir al superior de todos ellos."

> "Artículo 159: El superior que ordene abrir una investigación por faltas de esta naturaleza, dará aviso a la entidad superior inmediata. Si a esta le corresponde designar los vocales, procederá a nombrarlos, una vez perfeccionada la investigación. La investigación ordenada por un superior conservará todo su valor cualquiera que sea el que en definitiva deba conocer del informativo." (subraya fuera de texto).

A su turno el articulo 169 del mismo estatuto preceptúa:

> "Vencido el término de que trata el artículo anterior, el Fiscal remitirá las diligencias, con su concepto, al superior que ordeno la investigación. Recibidas por este, ordenara el perfeccionamiento del informativo si a su juicio hubiere lugar a ello dentro de un lapso no superior a diez (10) días luego de lo cual o no habiendo diligencias que practicar y de existir mérito, procedera a integrar o solicitar la integración del Tribunal Disciplinario enviando las diligencias al Presidente del Tribunal. (se subraya).

El análisis integral de las normas preinsertas, cuya efectividad depende de su inteligencia armonía y ponderada, permite colegir que, contrariamente a lo aseverado por el Comando General de las Fuerzas Militares, en la providencia fechada el 18 de abril de 1980, (folios 237 a 239 del cuaderno No. 2), mediante la cual se declaro la nulidad de lo actuado en el proceso disciplinario en el *sub-judice*, se hallaba radicada en el Comandante de la unidad Operativa a la cual pertenezca el oficial inculpado, entendiendo como tal, aquella en que en dicho momento (el de convocación del Tribunal Disciplinario), se hallaba asignado y no la Unidad Operativa en cuya jurisdicción se cometieron las conductas sancionables.

En efecto, la redacción del Artículo 178 del Decreto 1776, aunada a lo preceptuado en los artículos 159 y 169 *ejusdem*, indefectiblemente conduce a entender que la competencia de juzgamiento (y no la de instrucción) de los oficiales de las Fuerzas Militares, se define en el momento en que se deba convocar el Tribunal Disciplinario, cuya función es la de analizar, calificar o fallar las infracciones constitutivas de mala conducta, por cuanto el verbo pertenecer se utiliza en tiempo presente (permanezca dice el artículo 178), y en el artículo 159 se preve, que lo actuado por el superior del inculpado en la etapa instructiva, conserva su validez, cualquiera sea la autoridad administrativa que en definitiva deba conocer del informativo y en el 159 se consagre la posibilidad de que el superior que ordenó la investigación convoque, el mismo, el Tribunal o solicite a quien corresponde que lo haga. No habría razón para consagrar esto

último, si no fuera viable jurídicamente la convocación del Tribunal Disciplinario por otro comandante distinto del de la Unidad Operativa a la cual pertenecía el inculpado cuando se ordenó adelantar la respectiva investigación.

Habida consideración de que el actor, en el momento en que se convocó el Tribunal Disciplinario que lo juzgó por las presuntas infracciones que cometió, se hallaba adscrito a la Primera Brigada del Ejército, con sede en Tunja y que el Comandante de está no fue quien efectuó tal convocatoria, fuerza.concluir que, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 1776 de 1979, el Tribunal Disciplinario que falló el proceso, carecía de competencia para ello, pues fue convocado por el Comandante de la Quinta Brigada, con sede en Bucaramanga y no por el Comandante de la Primera Brigada con sede en Tunja.

No obstante lo anterior y habida consideración a que el actor no alegó la irregularidad que se presentaba por la ausencia de competencia de quien convocó el Tribunal Disciplinario que lo juzgaría, ni en la audiencia celebrada por este el 28 de mayo de 1980, ni el escrito mediante el cual interpuso el recurso de apelación contra la providencia de ese Tribunal, que le impuso la sanción de separación absoluta de las Fuerzas Militares (folio 274 a 276 y 280-281 cdno. No. 2), de conformidad con la preceptiva jurídica que regula la materia -Código de Procedimiento Civil, Artículo 155 del anterior, 144 del actual, aplicable al *sub-lite*, la Sala estima que por la causal de nulidad -falta de competencia territorial-, a que se ha hecho referencia, quedó saneada y, por tanto, no es dable infirmar el acto acusado, fundamentación en la incompetencia de la Quinta Brigada para convocar el aludido Tribunal Disciplinario.

En cuanto hace la impugnación de los actos demandados en razón de que el accionante, supuestamente, se le vulneró el derecho de defensa, por no habérsele vinculado al trámite disciplinario ni designado vocero en la oportunidad legal, es menester anotar lo siguiente:

-En primer lugar, que el artículo 165 del Decreto 1776 de 1979, si bien establece que desde su vinculación al informativo el infractor tendrá derecho a nombrar vocero y que si él no lo hace, se le nombrará uno de oficio, la verdad es que esa debe realizarse dicha vinculación.

-En segundo término, se encuentra que en la misma providencia de fecha 7 de noviembre de 1979, en la cual se ordenó comparecer a los informantes de la comisión de las presuntas faltas que motivaban la investigación, para que ratificaran los respectivos informes, se dispuso también recibir del presunto responsable declaración de descargos (folio 168 cdno. No 2) y, en tal virtud, en diligencia cumplida el 6 de diciembre de 1979, se escuchó al Capitán Ramos Heredia, quien actuó a través del Capitán Octavio Fabian Valderrama Gómez

(folio 193 a 195 *Ibídem*), designado por él mismo como su apoderado o vocero, aduciendo circunstancias encaminadas a justificar algunos de los hechos que se le imputan al inculpado, y a demostrar que no fue él sino su esposa, la persona que contrajo las otras obligaciones comerciales y bancarias, de cuyo incumplimiento se le acusaba y que sólo había servido de codeudor.

Sopesados estos descargos, tanto fiscal como el superior jerárquico que ordenó la investigación estimaron, que por no ser justificativos de los comportamientos irregulares atribuidos al actor debía juzgarsele por un Tribunal Disciplinario, en razón de que había incurrido en hechos constitutivos de mala conducta.

De otra parte, el demandante en la sesión del Tribunal Disciplinario efectuada el 28 de mayo de 1974, en la cual se votó por su superación absoluta de las Fuerzas Militares (folios 274 a 276), también estuvo representado por el vocero que designó al efecto.

De modo, que carece de fundamento la alegación en el desconocimiento del derecho de defensa del accionante pues desde su vinculación al proceso disciplinario que ocurrió con motivo de la diligencia de descargos, estuvo representado por los voceros designados libremente por él.

Siendo infundadas las alegaciones que se formulan en el libelo, forzosamente debe concluirse que en el caso *sub-examine,* no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados y, por ende, no procede su infirmación.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 30 de noviembre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se declaró inhibido para conocer del fondo del asunto y, en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora,, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL / NOMINADOR - Facultades / JUEZ - Elección

Si la Corporación no estaba obligada a elegir a quien tuviera mayor puntaje, no quiere decir que otras elecciones de jueces si recaían en quienes tenían un alto puntaje, dicha elección fuera nula o demostrativa de parcialidad, pues lo que se ha querido señalar en este caso es que el nominador tiene un campo suficiente de examen en el proceso de selección con base en diferentes £actores pero sin que predomine uno en concreto, según acaba de dejarse expuesto. Bien puede el nominador escoger al candidato de mayor o menor puntaje, siempre y cuando figure en la lista de elegibles con opción a su nominación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5397. . Actor: TOBIAS IVAN POSSO POSSO. AUTORIDADES NACIONALES

TOBIAS IVAN POSSO POSSO, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declarara nulo parcialmente el Acuerdo No. 14 de 30 de mayo de 1988 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y mediante el cual no fue reelegido como Juez Once Penal del Circuito. El actor considera que le asiste razón por cuanto el período judicial se habla iniciado desde hacía 270 días y él venía desempeñándolo en propiedad desde el período judicial anterior.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo mediante fallo denegó las súplicas de la demanda por estimar que vencido el período judicial comprendido entre el primero de septiembre de 1985 y el 30 de agosto de 1987 en el cual el actor había sido designado en propiedad, y encontrándose en vigencia el Decreto 052 de 1987 que regula la carrera judicial, para el nuevo período, el Tribunal, podía haberlo reelegido o designar a otra persona que figurara en la lista de elegibles "sin transgredir derechos adquiridos, porque la investidura legal del Dr. Tobías Iván Posso en el ejercicio de su cargo en el nuevo período iniciado el lo. de septiembre de 1987, era precaria toda vez que como se dijo anteriormente, no nació por razón de una designación sino que vencido el período anterior, él debió continuar como lo hizo, hasta tanto el nominador se pronunciara, situación que no da origen al nacimiento de un derecho."

EL RECURSO:

El actor interpuso contra la anterior providencia el recurso de apelación por estimar que la sentencia no tuvo en cuenta el estatuto de la carrera judicial establecido en el Decreto 052 de 1987 en el cual se regula el ingreso y permanencia de,los funcionarios que se someten a las normas allí fijadas, hallándose inscrito "en la carrera para participar en el concurso que debía abrirse en fecha posterior a su no reelección, pero a pesar de todo fue calificado por el mismo Tribunal Superior de Cali, habiendo obtenido "un puntaje muy superior al de la juez que fue nombrada en su reemplazo". Agrega que si se examina el acta de nombramiento, al elegirse a los Jueces Civiles del Circuito de Cali sí se tuvo en cuenta el factor del puntaje, "circunstancia que conlleva a edificar una desviación de poder en lo referente a la no reelección de mi procurado".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La **Fiscal Quinta** del Consejo de Estado solicita se confirme el fallo por cuanto el actor no desvirtuó la presunción de legalidad de que esta investido el acto acusado por estimar que en el momento de la elección el demandante no desempeñaba el cargo en propiedad sino provisionalmente.

Sobre la situación jurídica del actor y la prueba de ella en el momento de la elección, dijo la Fiscalía lo siguiente:

> "Tanto el demandante como la persona que lo reemplazó figuraban en la lista de elegibles. No consta en autos que el Dr. Tobías Iván Posso, fuera considerado por la Corporación para la elección de juez, por cuanto no se trajo a los autos copia o fotocopia del acta de la Sesión de Sala Plena del

Tribunal donde así lo hubiere manifestado, sinembargo (sic) ello debió ocurrir así y posiblemente no alcanzó el número de votos requeridos para ser elegido, a saber 2/3 partes de los votos afirmativos de los miembros de la Corporación." (se subraya)

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Como el actor impugna la providencia por estimar que su retiro del servicio se produjo sin la observancia de las normas previstas en el Decreto 052 de 1987, deberá examinarse este aspecto en el siguiente orden.

2) Como para el período judicial comprendido entre el primero de septiembre de 1987, y el 31 de agosto de 1989, el actor no había sido designado en propiedad, sino que desempeñaba el cargo de Juez Once Penal del Circuito provisionalmente según quedó probado en el proceso y el mismo lo acepta, pero había sido calificado, habrá de examinarse esta situación a la luz del artículo 29 del Decreto 052 de 1987, el cual preceptúa lo siguiente:

"En firme la calificación, se procederá al nombramiento del ganador o ganadores en estricto orden de resultado, según el número de cargos. (INEXEQUIBLE LO SUBRAYADO, MEDIANTE SENTENCIA DE LA C.S.J. DE 25 DE JUNIO DE 1987). Quienes hubieren aprobado el concurso, y se encuentren ubicados dentro de los cinco primeros puestos, si no fueren nombrados, permanecerán en lista de elegibles, en riguroso orden de méritos, por el lapso de dos (2) años y podrán ser designados en cargos de igual naturaleza y categoría en el mismo distrito." (INEXEQUIBLE LO SUBRAYADO, MEDIANTE SENTENCIA DE LA C.S.J. de Jun. 25 de 1987)

La Corte Suprema de Justicia para declarar la inexequibilidad, dijo en sentencia de 25 de junio de 1987, lo siguiente:

"No obstante, vulnera las disposiciones constitucionales el artículo 29, inciso lo. del Decreto, en cuanto dispone que,, una vez en firme la calificación, se procederá al nombramiento del ganador o ganadores "en estricto orden de resultado", lo cual elimina la posibilidad de elección por parte del nominador. Lo propio puede afirmarse de las expresiones "en riguroso orden de méritos" contenidas en el segundo inciso del mismo artículo.

En uno y otro caso resulta distorsionado el objeto del concurso, al que da lugar el artículo 162 de la Constitución, pero que se establece como medio para seleccionar los elegibles, entre los cuales el nominador dentro de la

autonomía que la Carta le otorga (artículos 156, 157 y 158 en cuanto a la Administración de Justicia, 144 y 146 respecto del Ministerio Público) escogerá a quien haya de nombrar." (se subraya)

3) Como el acto demandado lleva fecha 30 de mayo de 1988 y el requisito para la elección de hacrlo en "estricto orden de resultado" fue declarado inexequible mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de junio de 1987, se concluye que el Tribunal del Distrito Judicial de Cali no estaba obligado a elegir al actor por haber éste obtenido mejor puntaje que su reemplazo, la DRA. ELIZABETH AMAYA MONTOYA.

Como el principio de igualdad debe examinarse no solo frente al titular de un cargo sujeto a concurso, sino respecto del concursante despojado de toda investidura, conviene reseñar lo que dijo la Corte Suprema de Justicia en el fallo de 5 de noviembre de 1987 al declarar inexequible el inciso 2o. del artículo 30 del Decreto 052 de 1987:

"El inciso impugnado resulta inconstitucional en cuanto predetermina la escogencia de un candidato, anulando las posibilidades de otros participantes en el concurso por el solo hecho de no pertenecer al servicio." (se subraya)

4) Pero si la Corporación no estaba obligada a elegir a quien tuviera mayor puntaje, no quiere decir que otras elecciones de jueces si recalan en quienes tenían un alto puntaje, dicha elección fuera nula o demostrativa de parcialidad, pues lo que se ha querido señalar en este caso es que el nominador tiene un campo suficiente de examen en el proceso de selección con base en diferentes factores pero sin que predomine uno en concreto, según acaba de dejarse expuesto.

Bien puede el nominador escoger al candidato de mayor o menor puntaje, **siempre y cuando figure en la lista de elegibles** con opción a su nominación.

5) Como no se allegó al expediente la copia del acta de la sesión de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial, documento básico para la expedición del acto acusado y en donde debe constar el proceso de la elección de jueces y de retiro del actor, no puede esta Corporación hacer ningún comentario sobre dicha sesión.

6) Por consiguiente, aunque el demandante atacó el acto de retiro, incurrió en una omisión probatoria de trascendencia pues dejó de traer a los autos la prueba en donde constaba su retiro y con ello impidió que se efectuaban un análisis sobre los hechos que a su juicio considera son irregulares.

Por lo tanto, como el reemplazo del actor se produjo con base en la lista de elegibles y el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado en cuanto a que no se hubiera tenido en cuenta el sistema de mérito, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda por este aspecto.

7) De otra parte como el actor pretende según el libelo demandatorio que por el hecho de figurar en la lista de elegibles y haberse iniciado el período judicial, le asistía el derecho a permanecer en el cargo por el resto del período judicial iniciado, deberá expresarse que esa afirmación no corresponde a la realidad.

8) En efecto, la elección se produjo bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886, y su artículo 157, prescribía que los jueces de circuito debían ser "elegidos por el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial en Sala Plena, para un período de dos años", y como para el período iniciado entre el 1o. de septiembre de 1987 a 31 de agosto de 1989, el actor no había sido designado en propiedad, la Sala Plena del Distrito Judicial de Cali podía en cualquier momento retirarlo del servicio por tener el carácter de provisional y no encontrarse designado en propiedad. Tampoco le asiste razón al actor por este aspecto.

9) Como el demandante señala que los jueces no pueden ser suspendidos ni retirados del servicio en el ejercicio de sus destinos, y por ello se contrariaron los artículos 158 y 160 de la Carta Política de 1886, habrá de decirse que tales preceptos por sí solos no pueden, entenderse infringidos por contener derechos abstractos, como esta Sala lo ha dicho en otras oportunidades y entre ellas en sentencia de 22 de octubre de 1990, expediente 923. En efecto en esta providencia se dijo:

> "De otra parte como lo ha sostenido la Sala, las normas constitucionales que consagran principios generales no pueden ser violadas sino mediante el desconocimiento de las disposiciones legales a través de las cuales se les da concreción y desarrollo. Los artículos 2o., 16, 17, 20, 26 y 30 de la Carta Política, que se invocan como violados en el escrito demandatorio, contienen principios generales como el de la soberanía nacional, la obligación de protección a los ciudadanos, la protección al trabajo, la responsabilidad que incumbe a los funcionarios públicos y a los particulares, el debido proceso, la garantía de la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título y la función social de la propiedad."

11) Por lo tanto como el artículo 158 de la C.N. de 1886 prescribía que "Para ser Juez Municipal se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado", la violación a dicha norma debía examinarse

en concordancia con el Decreto 052 de 1987 que regulaba el ingreso a la carrera judicial y que según se vio no fue inobservado.

Por lo tanto, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda por este aspecto.

12) Igualmente se pretende violado el artículo 160 de la anterior constitución y cuyo texto expresaba:

> "ARTICULO 160: Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior. Los Magistrados y los Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarías impuestas por el respectivo superior, que podrán consistir en multas, suspensión o destitución, en la forma que determine la ley." (se subraya)
>
> "(.....)"

El anterior precepto en la misma forma debe examinarse frente a las disposiciones legales sobre régimen penal y disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional. Sin embargo, como es evidente que su invocación es improcedente en el presente caso puesto que ni el actor fue suspendido o depuesto, sino que su retiro se produjo para dar cumplimiento a la provisión de cargos mediante el sistema de mérito, se concluye que no le asiste razón al actor, y por lo tanto no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE EL FALLO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1.990 PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE, PROCESO 15822, MEDIANTE EL CUAL SE DENEGARON LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA PROMOVIDA POR TOBIAS IVAN POSSO POSSO.

SEGUNDO: En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES - Naturaleza Jurídica / ESTABLECIMIENTO PUBLICO / PERSONAL - Clasificación / EMPLEADO PUBLICO

Por regla general quienes prestan sus servicios en las empresas públicas municipales, son empleados públicos y la excepción a la regla general, la constituyen quienes se dedican a las actividades de mantenimiento de equipos y construcción de obras relacionadas con el objeto social de la entidad. Así pues, determinado que la entidad demandada, es un establecimiento público del orden municipal, se presume que las personas que allí prestan sus servicios, son empleados públicos, mientras no se demuestre que son trabajadores dedicados al mantenimiento de equipos o construcción de obras relacionadas con el objeto social del establecimiento público demandado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 7934. Apelación interlocutorios. Actor: HEBERTH HURTADO GARCIA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado judicial, por el señor HEBERTH HURTADO GARCIA, contra el auto de 3 de diciembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío.

SECCION SEGUNDA

ANTECEDENTES

1) El actor por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, acudió en demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío para solicitar la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho de la Resolución No. 379 de julio 14 de 1992, expedida por el Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Calarcá, mediante la cual declaró insubsistente su nombramiento, en el cargo de Asistente de la Sección de Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

2) El Tribunal Administrativo del Quindío, mediante el auto materia del recurso de apelación, consideró que el demandante era un trabajador oficial y en consecuencia inadmitió la demanda por falta de jurisdicción.

Para tomar la decisión en lo fundamental advirtió el Tribunal que, el vínculo del actor con la entidad demandada, que había originado en un contrato de trabajo en un término indefinido, suscrito el 1o de enero de 1984 cargo del cual había sido separado mediante el acto de insubsistencia y cuyo reintegro pretendía a través de esta demanda.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

De los motivos de inconformidad expuestos por la apoderada del actor contra la providencia apelada. La Sala destaca los siguientes que tienen relación con el problema jurídico planteado.

a) Es cierto que el vínculo laboral del actor con el ente demandado, se originó en un contrato de trabajo a término indefinido.

b) Pero no es el referido contrato el que da el carácter de trabajador oficial a una persona. Sino las funciones que realiza.

c) La entidad demandada, con la expedición del acto de insubsistencia, la da al actor el tratamiento de empleado público.

d) Dice que como en este caso, por no haber claridad acerca de si el actor es empleado público o trabajador oficial, el Tribunal Administrativo, ha debido admitir la demanda y una vez trabada la relación jurídico-procesal. decretadas las pruebas, se habría podido establecer con certeza la calidad de empleo que desempeña el actor.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico sometido a consideración de la Sala, se reduce a establecer la clase de empleo que desempeñaba el actor en la entidad demandada. Es decir, determinar si se trata de un empleado público, o un trabajador oficial, para lo cual se exponen las siguientes razones:

1) El Tribunal Administrativo de Quindío, mediante la providencia objeto del recursos de apelación, estimó que se trataba de un trabajador oficial, fundamentando tal afirmación con la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, suscrito entre el actor y la entidad demandada, el 1o de enero de 1984 cuya fotocopia obra en el folio 2 del expediente, donde consta que ingreso en calidad de asistente de Acueducto y Alcantarillado y Aseo, "cargo este que también fue del que se le separó y el que ahora persigue se le reintegre."

2) Por su parte, la apoderada del actor pretende desvirtuar la afirmación del Tribunal, con el argumento principal de que, la entidad demandada, con la expedición del acto de insubsistencia, le da tratamiento de empleado público, y por tal razón, debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa.

3) Los planteamientos del Tribunal y de la apelante, no son exactos, en consideración a que, en la función pública colombiana, no es la formalidad como se realice el ingreso o el retiro, la que determina el carácter de empleado público o trabajador oficial de sus servidores. Esta obedece a otros factores tales como la naturaleza jurídica de la entidad y las actividades desempeñadas por la persona.

Lo anterior, no significa que los funcionarios en cada caso en particular no se deban observar malas normas que regulan las modalidades de ingreso o retiro de los distintos servidores estatutaria, contractual, laboral, etc.

Naturaleza jurídica de la entidad

La entidad demandada, se denomina Empresas Públicas Municipales de Calarcá (Quindío), entidad que según las pruebas allegadas al expediente, **es un establecimiento público del orden municipal.**

El artículo 292 del Código de Régimen Político y Municipal, dispone que, los servidores municipales son empleados públicos. Sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

SECCION SEGUNDA

Los estatutos de las empresas públicas municipales de Calarcá están contenidos en el Acuerdo No. 001 de 1983, expedidos por la Junta Directiva y en el artículo 292 del Código Político y Municipal, cuando expresa:

> Por regla general quienes prestan sus servicios a las empresas son empleados públicos, de acuerdo con lo determinado en los Decretos Nacionales 3130 de 1968 y 1950 de 1973. Sin embargo, el estatuto de personal de las empresas determinaran que cargos deberán ser desempeñados por trabajadores oficiales.

El estatuto de personal de las Empresas Públicas Municipales de Calarcá. está contenido en el Decreto 044 de 1983, expedido por el Alcalde Municipal de aquella localidad territorial en el artículo 9o reitera la regla general, según la cual, las personas que ocupan cargos en dicha entidad son empleados públicos, salvo las excepciones previstas en el mismo estatuto.

El artículo 11 señala excepción a aquella regla general, en los siguientes términos:

> Trabajadores oficiales: Serán desempeñados por trabajadores oficiales las actividades de mantenimiento de equipos y construcción de obras relacionadas con el objeto social de la entidad.

De acuerdo con las disposiciones antes mencionadas. se concluye que por regla general, la constituyen quienes se dedican a las actividades de mantenimiento de equipos y construcción de obras relacionadas con el objeto social de la entidad.

Así pues, determinando que la entidad demandada es un establecimiento público del orden municipal, se presume que las personas que allí prestan sus servicio, son empleados públicos, mientras que no se demuestre que son trabajadores dedicados al mantenimiento de equipos o construcción de obras relacionadas con el objeto social del establecimiento público demandado.

En el contrato de trabajo visible a folio 2 del expediente, consta que el actor se dedicará exclusivamente a las funciones propias e inherentes del cargo de Asistencia Acueducto Alcantarillado y Aseo de la entidad demandada de acuerdo con las ordenes e instrucciones que le imparta el patrono, y por ninguna parte hace referencia expresa que se dedicara al mantenimiento de equipos o construcción de obras relacionadas con el objeto social de la entidad.

Es decir, que la presunción legal según la cual las personas que prestan sus servicios en las Empresas Publicas Municipales de Calarcá, son empleados

Públicos, en esta oportunidad sigue incólume. En esas condiciones es competente para conocer del asunto, la jurisdicción contencioso Administrativa.

Con fundamento en las razones antes expuestas, la Sala revocará la providencia apelada en su lugar, dispondrá la admisión de las demanda.

En mérito de lo antes expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado.

RESUELVE

REVOCASE el auto de diciembre 3 de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío.

En su lugar, se dispone:

1) ADMITESE LA DEMANDA presentada mediante apoderado judicial, por el señor HEBERTH HURTADO GARCIA.

2) Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Publico.

3) Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda, al gerente de las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CALARCA, haciéndole entrega de copias de la demanda con sus anexos.

4) Por Secretaría mediante oficio, solicítese a la entidad demandada el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del acto demandado.

5) Fíjese el asunto en lista por el término y para los efectos previstos en el artículo 207 del C.C.A.

Cópiese y notifíquese

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la sala en sesión de veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, (aclara voto); *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA - Naturaleza Jurídica / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
(Aclaración de Voto)

Las Empresas Públicas de Calarcá, que formalmente es un establecimiento público, pero que en la medida en que estuviese funcionando como las empresas particulares, esto es, derivando ganancias, utilidades o rendimientos de los servicios públicos que le presta a los usuarios, realmente tendría la calidad de empresa industrial y comercial, y por ende, sus servidores serían, -por regla general-, trabajadores oficiales y no empleados públicos. Sin embargo, en el expediente no existen suficientes elementos de juicios para aclarar esas dudas.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

AL AUTO DICTADO EL 7 DE OCTUBRE DE 1993 EN EL EXPEDIENTE No. 7934.APELACION INTERLOCU-TORIOS.- ACTOR: HEBERTH HURTADO GARCIA.-

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Pese a que compartí en su esencia lo resuelto en este asunto, considero necesario dejar plasmada mi inquietud en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica del ente demandado, -Empresas Públicas de Calarcá-, que formalmente es un establecimiento público, pero que en la medida en que estuviese funcionando como las empresas particulares, esto es, derivando ganancias, utilidades o rendimientos de los servicios públicos que le presta a los usuarios, realmente tendría la calidad de empresa industrial y comercial, y por ende, sus

servidores serían, por regla general, trabajadores oficiales y no empleados públicos. Sin embargo, como en el expediente no existen suficientes elementos de juicio para aclarar esas dudas, por ahora me limito a esbozarlas.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

CARRERA JUDICIAL / MAGISTRADOS TRIBUNALES SUPERIORES / CALIFICACION DE SERVICIOS / PRINCIPIO DE IGUALDAD

Aún cuando los Magistrados de los Tribunales Superiores hubieran podido ser sometidos a exámenes de conocimientos para obtener el puntaje que requiere un concurso, no resulta violatorio ni del principio de igualdad ni de ninguna norma superior el que la Corte Suprema de Justicia hubiera adoptado por evaluar sus conocimientos a través del examen de las providencias proferidas por ellos en el ejercicio de sus funciones. Tan válido resulta el examen como la calificación de su eficiencia y rendimiento. Se presentaría desigualdad, sin lugar a dudas, si a algunas personas ajenas al servicio se les hubiera exonerado de la prueba de conocimientos en el área especializada del cargo al cual estaban aspirando, porque esas personas sí se encontraban en igual situación de hecho, pero no frente a los Magistrados que estaban en ejercicio y por tanto en posibilidad de demostrar sus conocimientos en el área especializada respectiva por otros medios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá, D,C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4039 Autoridades Nacionales. Actor: JAIME HORTA DIAZ.

El ciudadano **Jaime Horta Díaz,** actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado declarar parcialmente nulo el Acuerdo No. 002 de 13 de octubre de 1988 de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes apartes:

Capítulo 5o. titulado "Características del Concurso"

Del literal a) que se titula "Etapa eliminatoria", la expresión siguiente, solo en la parte subrayada;

"Las personas aceptadas al concurso, **con excepción de quienes esten desempeñando en propiedad el cargo de Magistrado de Tribunal Superior**, deberán presentar un examen de conocimientos en el área de especialización del cargo al cual aspiran..."

Del literal b) titulado "Etapa clasificatoria", el segundo párrafo que dice:

"1) Para los Magistrados de Tribunal Superior nombrados en propiedad que participen en el concurso se les asignará hasta 40 puntos por un jurado de tres magistrados de la Corte Suprema de Justicia, según su rendimiento en el trabajo. La Sala de Gobierno de la Corte integrará las comisiones y definirá y reglamentará el procedimiento para hacer la evaluación".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION:

En el libelo se citan las siguientes: artículos 2, 10, 16, 17, 30 y 162 de la Constitución Política de 1886; artículos 1, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 21 a 39 y 141 del Decreto 052 de 1987; artículos 1 , 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 y 13 del Acuerdo No. 20 del Consejo Superior de la Administración de Justicia.

En el concepto de violación se expresa fundamentalmente lo siguiente: que es la propia Constitución en el artículo 162 la que consagra la carrera judicial al disponer que la ley la establecerá y reglamentará los sistemas de concursos para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales.

Que a su vez el Decreto 052 de 1987 pone de presente que la carrera tiene por objeto garantizar la eficiente administración de justicia y, con base en el sistema de méritos, asegurar en igualdad de oportunidades el ingreso y ascenso en el servicio de funcionarios y empleados con estabilidad e independencia.

SECCION SEGUNDA

Que el sistema de méritos se establece con la finalidad de asegurar el ingreso y promoción en la administración de justicia, de las personas mas idóneas, mediante el análisis y evaluación de sus calidades, conocimientos, capacidad, vocación y experiencia y que tal sistema fue definido en el Decreto 052.

Que en el artículo 10 el decreto señaló funciones al Consejo Superior de la Administración de Justicia y en ejercicio de el las el Consejo expidió el Acuerdo No. 20 de 1988, disponiendo en el artículo 9o. que corresponde a la Corte Suprema de Justicia la determinación, realización y calificación de las pruebas del concurso, contando para el lo con el apoyo técnico, operativo y administrativo de la Dirección Nacional de la Carrera u otras entidades especializadas en la materia, e igualmente determinará los puntajes mínimos requeridos para aprobarlas. Además, que la Corte podía designar comisiones de su seno para la realización de estas labores.

Que en el artículo 10 del Acuerdo 20 se indicaron los tipos de pruebas, prescribiendo en todo caso la entrevista como prueba única al decir:

> "Las pruebas se determinarán en el momento de elaborar la correspondiente convocatoria, y pueden consistir en cuestionarios, "test", cursos-concursos, entrevista, análisis de hojas de vida o cualquiera otra forma idónea para medir la moralidad, conocimientos, aptitudes y condiciones de personalidad requeridas para el cargo, y el rendimiento en el desempeño del mismo, según el caso".

Según el demandante, la Corte Suprema de Justicia al expedir el Acuerdo No. 002 de 13 de octubre de 1988 no se limitó a la "determinación, realización y calificación de las pruebas", sino que, excediendo sus facultades, con violación de la ley y del Acuerdo 20 exoneró del examen de conocimientos a los magistrados nombrados en propiedad, con lo cual se los excepcionó de una parte del concurso, como es la etapa eliminatoria, para acceder de plano a la etapa calificatoria, en privilegiadas condiciones frente a los demás aspirantes.

Como conclusión de los razonamientos anteriores, el accionante formulados cargos contra las disposiciones acusadas:

> "a) falta de competencia para establecer la excepción del concurso, con lo cual se invadieron órbitas reservadas al legislador por mandato expreso de la Constitución (artículo 162)".

> "b) Igualmente se violaron el Decreto-Ley 0052 de 1987 y el Acuerdo No. 20 de 1988 del Consejo Superior de la Administración de Justicia por

cuanto la Corte Suprema debió limitarse a DETERMINAR, REALIZAR Y CALIFICAR LAS PRUEBAS, conforme lo dispuesto en el artículo 9 del Acuerdo del Consejo Superior, pero nunca dejar de aplicar lo dispuesto sobre examen de conocimientos a los magistrados de los tribunales designados en propiedad".

Solicitada la suspensión provisional se negó por no aparecer en forma flagrante la contradicción con las normas superiores invocadas.

En el alegato de conclusión el actor amplía sus argumentos refiriéndose concretamente al principio de "igualdad de oportunidades" y al "sistema de méritos" para el acceso a los cargos de carrera judicial y refiere cómo, por considerar "un tratamiento inequitativo que elimina el pie de igualdad implícito en el sistema de selección mediante concurso al que hace referencia el artículo 162 de la Constitución Política" la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad del inciso 2o. del artículo 30 del Decreto 052 de 1987, en sentencia de 5 de noviembre de 1987.

Agrega que si los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia sirven para ilustrar la Constitución en casos dudosos, no hay lugar a duda cuando la propia Constitución no la ofrece, y es el numeral 10 del artículo 76 de la Carta el que ordena en forma perentoria que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones:

"...y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar".

Finaliza su alegato invocando la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la igualdad de condiciones en los concursos y dice que frente a idénticos hechos debe adaptarse la misma decisión. Luego cita al tratadista español Jesús González Pérez.

A su vez el señor apoderado de la Nación se opone a la prosperidad de las súplicas de la demanda argumentando: que la evolución legislativa de la carrera judicial, conforme al artículo 162 de la Constitución se concretó en el Decreto 052 de 1987, o estatuto de la Carrera Judicial , el cual contiene el marco jurídico que asegura que los nombramientos recaigan en personas seleccionadas mediante el sistema de méritos.

Que la Corte Suprema de Justicia no ha violado con el acuerdo acusado normas superiores porque ni la Constitución ni el Decreto 052 consagran restricción alguna en cuanto a la forma como deben hacerse los concursos,

exigiendo únicamente que "en ningún caso la entrevista podrá utilizarse como única modalidad del concurso". Que la Corte podía optar por excluir a los magistrados titulares del examen de conocimientos, pues éstos eran evaluados en la etapa clasificatoria, con un puntaje de acuerdo a su rendimiento. Que no hubo discriminación alguna sino variación en la modalidad de calificación y tanto los unos como los otros fueron sometidos a examen de conocimientos, y nadie mejor que el superior para evaluar los que estaban plasmados en las providencias. Que la violación del Acuerdo 20 de 1988 no se da, por no ser de jerarquía legal.

EL CONCEPTO FISCAL:

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado comparte los argumentos presentados por el accionante y en consecuencia estima que las súplicas de la demanda deben prosperar.

Transcribe las disposiciones acusadas y los artículos 162 de la Constitución Política, 1o., 21, 23 y 30 del Decreto 052 de 1987 y concluye que fueron violados porque mientras el artículo 162 de la Carta confiere a la ley exclusivamente el establecimiento de la carrera judicial así como la reglamentación del sistema de concursos para la selección de candidatos, la Corte Suprema de Justicia, actuando fuera de la órbita que le fija el Decreto 052 de 1987, eximió a los Magistrados de los Tribunales Superiores del exámen de conocimientos, que constituye el mecanismo más adecuado para asegurar el ingresó al servicio de los funcionarios más capacitados. Agrega que solo en el Decreto 052 que tiene categoría de ley, era posible consagrar disposición similar a la acusada y la Corte junto con el Consejo Superior de la Administración de Justicia sólo tenía competencia para coordinar "las fechas, modalidades y bases del concurso para la convocatoria".

Finalmente manifiesta que está de acuerdo con lo expresado por el doctor Reynaldo Arciniégas al salvar su voto cuando se expidió la providencia que confirmó la negativa de la suspensión provisional.

Tramitado el proceso en legal forma, la Sala entra a decidir previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si al disponer la Corte Suprema de Justicia en el acuerdo acusado, que los Magistrados de los Tribunales Superiores quedaran exentos de la prueba de conocimientos a que debían someterse los demás aspirantes a ingresar a la carrera judicial y al servicio de

la administración de justicia, obró sin competencia para ello, e infringió el artículo 162 de la Constitución Política, invadiendo órbitas reservadas al legislador, y violó el Decreto 052 de 1987 y el Acuerdo No. 20 de 1988, expedido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

No lo cree así la Sala, por las siguientes razones:

Nadie pone en duda, que bajo la vigencia de la Constitución de 1886, correspondiera a la ley establecer la carrera judicial y reglamentarios sistemas de concurso para la selección de los candidatos a desempeñar los cargos judiciales y los del Ministerio Público.

Pero de este principio no se desprende automáticamente la nulidad de las disposiciones acusadas por violación del artículo 162 de la Carta. Si la cuestión fuera tan simple, debería declararse nulo todo el Acuerdo No. 002 de 1988 y no solamente las frases acusadas, lo mismo que el Acuerdo 20 de 1988 expedido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Con el fin de hacer claridad acerca de la legalidad de los apartes demandados, es necesario entonces analizar el desarrollo legal de la norma constitucional, el cual se cumplió, para el caso que ocupa la Sala-, a través del Decreto 052 de 1987.

Este estatuto sentó las bases fundamentales de la carrera judicial, señaló su objeto, la forma de administrarla, los lineamientos generales del proceso de selección e ingreso, las funciones y requisitos de los empleos, etc.

Sin embargo ninguna ley contiene la totalidad de las previsiones indispensables para su cumplida ejecución. Por eso se hace necesario el reglamento, que precise los detalles no contemplados, lo mismo que desarrollos normativos posteriores para su adecuada aplicación.

En materia de carrera judicial el artículo 10 del Decreto 052 de 1987 señaló como función del Consejo Superior fijar políticas y programas para convocatoria, selección, ingreso y ascenso en la carrera y efectuar las convocatorias de concurso para la provisión de cargos de Magistrados de Tribunal, entre otras.

De conformidad con el artículo 23 *ibídem*, ante la proximidad del vencimiento del período, el nominador, debe coordinar con los Consejos Seccionales o con el Consejo Superior las fechas, modalidades y bases del concurso para efectos de la convocatoria.

Lo anterior indica que, por mandato legal, la entidad nominadora no era ajena a la convocatoria o concurso y por el contrario, junto con el Consejo Superior fijaba modalidades bases y fechas del concurso.

En desarrollo de ese artículo se expidió el Acuerdo 002 de 13 de octubre de 1988, en el cual la Corte Suprema de Justicia, en coordinación con el Consejo Superior señaló las bases, fechas y modalidades para la Convocatoria a Concurso.

Ya el Consejo Superior mediante el Acuerdo 20 de 31 de agosto de 1988 había reglamentado lo relativo al Concurso para los Magistrados de los Tribunales Superiores, señalando que el sistema de mérito tiene como finalidad asegurar el ingreso y promoción en la Administración de Justicia, de las personas mas idóneas, mediante el análisis y evaluación de sus calidades, conocimientos, capacidad, vocación y experiencia, obviamente dentro de condiciones de igualdad.

El artículo 9 de dicho Acuerdo prescribe que corresponde a la Corte Suprema de Justicia **la determinación, realización y calificación de las pruebas** del Concurso, contando para ello con el apoyo técnico, operativo y administrativo de la Dirección Nacional de la Carrera u otras entidades especializadas en la materia. Igualmente, que la Corte **determinará los puntajes mínimos requeridos para aprobar las pruebas determinadas.**

La palabra determinar significa, según el diccionario de la Real Academia, "Fijar los términos de una cosa,.... señalar,...tomar resolución ... definir".

De manera que, en uso de esa facultad, le estaba permitido a la corte definir, sin apartarse claro está del marco legal y de los lineamientos generales, las pruebas conducentes para el Concurso y los puntajes para aprobarlas. Es decir, que el Acuerdo 002 no viola el artículo 9o. del Acuerdo 20 sino que lo acata, y fue expedido con plena competencia.

Ahora bien, ¿ el haber exonerado a los Magistrados de Tribunal Superior que estuvieran desempeñando el cargo en propiedad, del examen de conocimientos exigidos para las personas aceptadas al Concurso, significó extralimitación de la competencia y violación del principio de igualdad que informa todo Concurso ?

No lo cree así la Sala.

El Decreto 052 de 1987 no contempló en forma obligatoria la prueba de conocimientos para todos los aspirantes al cargo de Magistrado de Tribunal y

en general para la selección de personal. El artículo 25 prevé la realización de pruebas, exámenes, entrevistas, concursos u otros, para la selección de personal, con la advertencia sí de que en ningún caso la entrevista pudiera utilizarse como única modalidad del Concurso.

A esta norma se refiere el artículo 10 del Acuerdo 20 cuando expresa que las pruebas se determinarán en el momento de elaborar la correspondiente convocatoria y **pueden consistir** en cuestionarlos "test", cursos-concursos, entrevistas, análisis de hojas de vida **o cualquiera otra forma idónea** para medir la moralidad, **conocimientos**, aptitudes y condiciones de personalidad requeridas para el cargo y el rendimiento en el desempeño del mismo, según el caso.

Resulta claro entonces, del Decreto y del Acuerdo, que está autorizado cualquier medio idóneo de evaluación, de conocimientos y demás, siempre que no fuera prueba única la entrevista.

Ciertamente la ley impone el desarrollo de los concursos dentro de condiciones de igualdad.

Pero ocurre que no todos los concursantes se encuentran colocados en idénticas circunstancias y la "igualdad" absoluta debe partir de ese supuesto. Por esa razón puede darse un tratamiento diferente a unos y a otros, sin que el lo implique desigualdad o condiciones más favorables para algunos.

Indudablemente la evaluación de los conocimientos de los accionantes resulta fundamental en un proceso de selección y para efectuaria pueden utilizarse diferentes medios.

Es obvio que para evaluar los conocimientos de las personas ajenas al servicio de la Administración de Justicia el medio más eficaz y quizás único, resulta ser el examen respectivo.

Para la misma evaluación de quienes se encuentren desempeñando los cargos en propiedad, aparece como una des las varias posibilidades idóneas la calificación de servicios, ya que los conocimientos del Magistrado quedan plasmados en las providencias que expide y es en ellas donde puede apreciarse su preparación para ejercer el cargo, pues sus conocimientos teóricos tendrán correcta o incorrecta aplicación en la solución de las controversias que de acuerdo con sus atribuciones le corresponda dilucidar.

En este orden de ideas es preciso concluir, que aun cuando los Magistrados de los Tribunales Superiores hubieran podido ser sometidos a exámenes de

conocimientos para obtener el puntaje que requiere un concurso, no resulta violatorio ni del principio de igualdad ni de ninguna norma superior el que la Corte Suprema de Justicia hubiera optado por evaluar sus conocimientos a través del examen de las providencias proferidas por ellos en el ejercicio de sus funciones. Tan válido resulta el examen como la calificación de su eficiencia y rendimiento.

Se presentaría desigualdad, sin lugar a dudas, si a algunas personas ajenas al servicio se les hubiera exonerado de la prueba de conocimientos en el área especializada del cargo al cual estaban aspirando, porque esas personas sí se encontraban en igual situación de hecho, pero no frente a los Magistrados que estaban en ejercicio y por tanto en posibilidad de demostrar sus conocimientos en el área especializada respectiva por otros medios.

Y como se observa que la entrevista no fue el único factor de evaluación, estima la Sala que no se configuró la violación de las normas invocadas.

Por ende, el segundo párrafo del literal b) titulado "Etapa Clasificatoria", el cual contiene la posibilidad de un tope de hasta 40 puntos por evaluación del trabajo de los Magistrados, tampoco resulta contrario a derecho y se encuentra equilibrado frente al puntaje asignado al examen de conocimientos, que podía ser hasta de 100 si se tiene en cuenta que el funcionario está en condiciones de acrecentar su puntaje con experiencia adicional por cada año de servicios.

No se presenta entonces desigualdad cuando todos los concursantes están en posiblidad de alcanzar un tope idéntico de puntos; la desigualdad sería clara si ello no fuera posible, pero no por el hecho de ser sometidos a evaluaciones de naturaleza diferente.

Para concluir, la Sala después de analizar el artículo 162 de la Constitución que fue la norma invocada en el libelo como infringida y respecto de la cual se expuso concepto de violación, el Decreto 052 de 1987 y el Acuerdo 20 expedido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, encuentra que la Corte Suprema de Justicia mediante el Acuerdo 2 de 1988 ejerció las atribuciones que te encomendó el Acuerdo 20 en su artículo 9, el que a su vez se ajustó al Decreto 052 de 1987, sin quebrantar ni la Constitución ni la ley, ni el principio de igualdad, al exonerar a los Magistrados de Tribunales Superiores que estuvieran desempeñando el cargo en propiedad del examen de conocimiento en el área especializada del cargo de magistrado y reemplazarla por la evaluación de las providencias en las cuales podían fácilmente apreciarse no solo esos conocimientos sino también su rendimiento en el trabajo, su eficiencia y dedicación.

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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintitres (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

UNIVERSIDAD NACIONAL - Naturaleza Jurídica / UNIVERSIDAD NACIONAL - Régimen Aplicable / PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO / EDAD DE RETIRO FORZOSO

La Universidad Nacional es un establecimiento público de carácter docente e investigativo, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propios, adscritos al Ministerio de Educación Nacional, que según lo estatuído en el artículo 137 del Decreto 80 de 1980, se rige por las normas especiales que para ellas se dicten y en lo no previsto en dichas normas, por las contenidas en el citado Decreto. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8a. de 1979, el Presidente de la República expidió el Decreto número 82 de 1980, por el cual se establece el régimen orgánico de la Universidad, estatuto en el cual nada se previó en relación con la edad de retiro forzoso de sus docentes. Mas en el Decreto 80 de 1980, aplicable en dicha institución en virtud de lo dispuesto en su artículo 137 en relación con el tema se estipuló: "Artículo 100.- La edad de retiro forzoso para los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial, será de, sesenta y cinco años. El goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de la docencia de tiempo parcial o de cátedra. Su vinculación se hará, sin embargo, por períodos académicos". Es claro entonces que par los docentes de tiempo completo y parcial de la Universidad, la edad de retiro forzoso es de sesenta y cinco años.

Consejo De Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No.6000. Autoridades Departamentales. Actor: GERMAN MEJIA GIRALDO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 28 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

ANTECEDENTES :

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el doctor Germán Mejía Giraldo, solicitó al Tribunal declarar la nulidad de las Resoluciones números 1076 de 27 de octubre de 1988 y 164 de 22 de febrero de 1989, expedidas por la Rectoría de la Universidad Nacional, en cuanto dispusieron dejarlo cesante de sus funciones docentes que venía desempeñando en su calidad de profesor asociado de tiempo completo de la facultad de Ingeniería Seccional de Manizales, en razón de haber llegado a la edad de retiro forzoso y que como consecuencia de tal declaración se ordene su reintegro o a dicho cargo y se condene a la Universidad a pagarle los sueldos dejados de devengar con sus reajustes, aumentos y las prestaciones sociales causadas desde el 8 de marzo de 1989 hasta cuando se verifique su reintegro o se cumpla el período.

Relata el actor que se vinculó a la Universidad Nacional como profesor asociado mediante Resolución número 302 de 1977, que como no hubo desvinculación, las renovaciones del período de cuatro (4) años fueron sucesivas, iniciándose el último período el 16 de agosto de 1985, debiendo terminar, según voces del artículo 34 del Decreto 82 de 1980, el 15 de agosto de 1989; que "de acuerdo con el artículo 28 del Decreto 82 de 1980, quedó clasificado y adscrito a la carrera administrativa". (folio 14); que el 28 de octubre de 1988 cumplió 65 años de edad y el 27 de octubre de ese año, se dictó la resolución número 1076 que lo dejó cesante de sus funciones a partir del 29 de ese mes y año, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, decisión que fue confirmada por medio de la Resolución número 164 de 1989.

Como normas violadas el demandante invoca el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, por cuanto no se cumplió el término perentorio de seis meses que allí se establece para que el empleado oficial que reúna las condiciones legales para tener derecho a una pensión de jubilación o vejez, gestione el reconocimiento de la correspondiente prestación y el artículo 35 del Decreto 82 de 1980, por falta de aplicación, pues en él se prevé que la Universidad definirá la situación del docente con antelación no inferior a sesenta (60) días calendario a la fecha del vencimiento del período de nombramiento y si no lo hiciere, la vinculación se entenderá renovada por el período correspondiente a su categoría y dedicación

y la administración no definió su situación, por lo cual resultaron transgredidos también los artículos 28, 29, 33 y 34 del mencionado Decreto, que consagran un régimen especial en su vinculación laboral que debe respetarse y acatarse, conforme a los cuales el accionante tenía derecho a que se adelantara un procedimiento previamente a su retiro, que debía agotarse aplicando sus propias normas, dentro de las cuales está el término de seis (6) meses de aviso previo y a que se le permitiera terminar el período de cuatro (4) años, que empezó a correr el 16 de agosto de 1985 y terminaba el 15 del mismo mes de 1989.

LA SENTENCIA

El Tribunal negó las pretensiones del demandante en virtud de que estimó que no se presenta la violación del artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, por cuanto la esencia del término a que en él se alude estriba "en el hecho de que el funcionario haya adquirido el derecho al retiro de su trabajo bien sea con derecho a pensión de jubilación o de vejez, y es ésta precisamente la razón del período de gracia a que hace referencia la norma", (folio 127), y en el *sub lite* no se acreditó que el actor tuviera a su favor la prerrogativa de reclamar de la Universidad Nacional ninguna de esas prestaciones sociales y, por el contrario. agrega, está suficientemente probado que venía gozando de una pensión vitalicia de jubilación a cargo de la Universidad de Caldas, reconocida por Resolución número 235 de 14 de marzo de 1977.

Así mismo, el *a quo* consideró que tampoco se infringe el artículo 35 del Decreto 82 de 1980. toda vez que de conformidad con los estatutos de la Universidad, contenidos en el Acuerdo número 31 de 1976, (Art. 66), la desvinculación de un miembro del personal docente implica la cesación en el ejercicio de sus funciones y, entre otras razones, se produce por límite de edad de acuerdo con las normas pertinentes, y en el Acuerdo No. 45 de 1986, que en los artículo 67 y 68 señala como causal de retiro forzoso de la carrera docente, el hecho de cumplir 65 años y que sólo por decisión del Consejo Superior, pueden hacerse designaciones expresas de profesores para períodos de un año.

De modo concluye el fallador que "en cuanto al limite de edad para el retiro forzoso es el mismo a nivel general según las consideraciones del Decreto 1848 de 1969 tal como se vio atrás, y también según la regulación legal expresa y especial que rige para la docencia en la Universidad Nacional de Colombia. Siendo vital resaltar que también hay prohibición para quienes están vinculados como profesores a la Universidad. Para recibir dos pensiones de jubilación. Dice el Acuerdo 47 de 1982 del Consejo Superior de la Universidad Nacional, que en el parágrafo II del art. 1o. dijo "...Parágrafo. Ningún jubilado puede devengar doble pensión con cargo al Tesoro Nacional". (folio 130).

Finalmente se arguye en la sentencia, que aun aceptando que la Universidad estuviera obligada a concederle al demandante el período de gracia de seis (6) meses, la verdad es que su desvinculación del servicio se hizo dentro de ese lapso, o sea el 8 de marzo de 1989. además de que, según consta en el expediente, se lo notificó oportunamente que su vinculación con la universidad no podía ir más allá del momento en que cumpliese la edad de retiro forzoso.

EL RECURSO

Al sustentar la alzada la parte actora insiste en que no se cumplió previamente a su retiro del servicio, el procedimiento establecido en el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, porque dicho procedimiento no se agota por medio de oficios, sino que se debe producir por medio de una resolución dictada con antelación de 6 meses, que debió notificársele legalmente, susceptible de los recursos por la vía gubernativa y en su caso, la resolución acusada se produjo un día antes de cumplir la edad de retiro forzoso y su separación efectiva ocurrió el 8 de marzo de 1989, pero en razón del recurso de reposición que interpuso en su contra, y no en virtud del término de 6 meses a que se ha hecho referencia.

Señala igualmente el apelante que la afirmación de que por disfrutar de una pensión de jubilación, se hallaba en imposibilidad de tramitar otras, "es una especie de prejuzgamiento inadmisible, porque para establecerla, es necesario previamente conocer la situación legal y especial del interesado, como podrá ser por ejemplo el cumplimiento de un nuevo tiempo de servicio, con entidad distinta, su categoría de docente, etc..". (folio 136)., pues el Consejo de Estado ha perfilado la posibilidad para los docentes pensionados que continúen laborando, de acceder a otra pensión de jubilación, pues su vinculación a entidad distinta pero perteneciente al ramo de la docencia y un tiempo de servicio, lo podían hacer titular eventual de dicha prestación social.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado, conceptúa favorablemente a la confirmación de la sentencia, en virtud de que considera que el Decreto 1848 de 1969 no es aplicable al caso *sub judice,* ya que los docentes de la Universidad Nacional están regulados por normas especiales (Decretos 080 y 082 de 1982 y Acuerdo 45 de 1986), diferentes del régimen general consagrado en el Decreto 3135 de 1968 y su reglamentario número 1848 de 1969 y porque el actor confunde la causal de retiro por haber llegado a la edad de 65 años con la de haber adquirido el derecho a pensión de jubilación o de vejez, y en el presente caso, la razón de su retiro fue la primeramente mencionada, ésto es, el haber llegado al límite de edad que la ley permite para desempeñar funciones públicas.

SECCION SEGUNDA

Cumplida la instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar la legalidad de las Resoluciones números 1076 de 1988 y 164 de 1989 de la Universidad Nacional. mediante las cuales se dejó cesante en el ejercicio de sus funciones docentes al Doctor Germán Mejía Giraldo, profesor asociado de tiempo completo de la Facultad de Ingeniería Seccional de Manizales, actos que según el actor vulneran su derecho a permanecer en el cargo hasta el 15 de agosto de 1989, pues se había posesionado en él, el 16 de agosto de 1985, para un período de cuatro años.

De conformidad con la preceptiva jurídica reguladora de la materia, la Universidad Nacional es un establecimiento público de carácter docente e investigativo, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propios, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, que según lo estatuido en el artículo 137 del Decreto 80 de 1980, se rige por las normas especiales que para ella se dicten y en lo no previsto en dichas normas, por las contenidas en el citado decreto.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8a. de 1979, el Presidente de la República, expidió el Decreto número 82 de 1980, por el cual se establece el régimen orgánico de la Universidad, estatuto en el cual nada se previó en relación con la edad de retiro forzoso de sus docentes.

Mas en el Decreto 80 de 1980, aplicable en dicha institución en virtud de lo dispuesto en su artículo 137, en relación con el tema se estipuló:

> "Artículo 100. La edad de retiro forzoso para los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial, será de sesenta y cinco años.
>
> El goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de la docencia de tiempo parcial o de cátedra. Su vinculación se hará, sin embargo, por períodos académicos".

Es claro entonces que para los docentes de tiempo completo y parcial de la Universidad, la edad de retiro forzoso es de sesenta y cinco años.

No se consagró en el Decreto 80 de 1980 ningún requisito ni procedimiento especial al cual deban someterse las instituciones de educación post secundaria para aplicar a sus docentes lo concerniente al límite de edad que obliga a disponer su desvinculación del servicio. Ello significa que la administración no está obligada

a notificar con antelación al docente, de la próxima situación de retiro a que se verá avocado en razón de cumplir la edad máxima permitida por la ley para desempeñar el cargo de profesor de tiempo completo o de tiempo parcial, pues no es el del caso aplicar lo dispuesto en el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, en virtud de que las reglamentaciones especiales que rigen a la Universidad Nacional y a las instituciones de educación superior no remiten a dicha norma. Tampoco el Acuerdo número 45 de 1986, contentivo del estatuto del personal docente de la Universidad Nacional, que en sus artículos 67 y 68 consagra como causal de retiro forzoso el arribo del docente a los 65 años, ordena cumplir el procedimiento general señalado para otros empleados del nivel nacional.

Por lo demás y al igual que la Agencia Fiscal, la Sala advierte que en las resoluciones acusadas (folios 8 a 11), claramente se expresa que el retiro del servicio del actor obedece al hecho de haber alcanzado la edad de 65 años, lo que impedía, en términos del artículo 100 del Decreto 80 de 1980, que su vinculación de tiempo completo con la Universidad continuará vigente, mas no al deseo de la administración de que entrara a gozar de una pensión de jubilación o de vejez.

Por último, cabe observar que, en puridad de verdad, en el caso del accionante no se presentaba la prórroga de su vinculación laboral con la Universidad hasta el 15 de agosto de 1989, a pesar que al finalizar el período inmediatamente anterior no se le definió su situación docente (art. 35 Decreto 82 de 1982), por cuanto tal prórroga sólo puede darse cuando no exista una razón de orden legal que lo impida y constituye suficiente fundamento para que ella deje de operar, el hecho de que ocurra una causal de estirpe jurídica que imponga a la administración el deber de separar del servicio al docente, como lo es el arribo a la edad de retiro forzoso consagrada en el artículo 100 del Decreto 80 de 1980.

De acuerdo con lo expuesto, la censura que el demandante y ahora recurrente formula a los actos enjuiciados carece de fundamento, puesto que no infringen las normas invocadas como transgredidas y, consecuentemente, la presunción de su legalidad continúa incólume, lo que determina la procedencia de confirmar el fallo apelado denegatorio de las pretensiones de la demanda.

Por tanto, 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

SECCION SEGUNDA

FALLA :

Confírmase la sentencia de 28 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el proceso promovido por GERMÁN MEJIA GIRALDO contra la Universidad Nacional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de Origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día veintitres (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza De Arenas, Carlos A. Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES / INCAPACIDAD PERMANENTE / PENSION DE INVALIDEZ

Según el art. 145 del decreto 3071/68 lo que atañe al literal a) parte segunda (" los demás alumnos de las escuelas de formación oficiales ... "), es indispensable que la "baja" tenga origen en "incapacidad relativa y permanente adquiridas en actos relacionados con su preparación militar o del servicio...". Concordantemente, el decreto 1378 de 1967 define "incapacidad relativa y permanente" como "la determinada por lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la actitud psicofísica o capacidad de trabajo del individuo, sin ser susceptibles de recuperación por ningún medio" y por "incapacidad absoluta y permanente"-que sufriría el actor con fundamento en la afirmación del demandante-, aquella "determinada por lesiones o afecciones que causen la pérdida de la actitud psicofísica para ocupar cargos en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional en forma definitiva sin ser susceptible de recuperación por medio alguno". literales c) y d) del numeral 1 del art. lo. del "reglamento de las incapacidades, invalideces o indemnizaciones para el personal del servicio de las fuerzas militares y de la policía nacional"). Ya se ha visto el art. 145 del decreto 3071 de 1968 exige una condición más: que la incapacidad -cualquiera que sea ella- ha de ser adquirida en actos relacionados con la preparación militar o del servicio de los alumnos, lo que descarta la posibilidad de que haya sido ocasionada en sucesos ajenos a esas circunstancias.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 910 (4.712). (Reconstrucción 2385/1985) (apelación, sentencia 4 de junio de 1980, Tribunal Administrativo de Cundinamarca). Actor: DURAN ROA CARVAJAL.

Concluídas las etapas de reconstrucción del asunto arriba referenciado, corresponde a la Sala resolver acerca de la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia, denegatorio de las peticiones de la demanda, proferida a cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta (1980) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de plena jurisdicción (hoy de "nulidad y restablecimiento del derecho") seguido por el señor DURAN ROA CARVAJAL mediante apoderado, contra la NACION (Ministerio de Defensa -Armada Nacional-).

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1.1.- En memorial presentado ante la oficina Jurídica de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa el 26 de febrero de 1975, el apoderado del señor Durán Roa Carvajal solicitó el reconocimiento de pensión mensual de invalidez debido a su estado de inválido absoluto y permanente, equivalente al ciento por ciento de todos los haberes que en todo tiempo correspondan a un Subteniente de la Armada Nacional, y una indemnización por la misma razón, equivalente al sueldo básico que correspondía a un Subteniente de la Armada en agosto de 1970, en cuantía de treinta y seis (36) meses.

1.2.- Como fundamento de esos derechos, se dijo que Roa Carvajal ingresó a la Armada, como cadete, el 10 de enero de 1969, habiendo sido retirado por incapacidad física el 16 de agosto del año siguiente (1970). Como el actor, dice el libelista, a su ingreso "Presentó los exámenes de aptitud psicofísica". es de deducir que la grave afección psíquica adquirida durante el servicio, lo ha dejado en situación de inferioridad para continuar en las Fuerzas Militares o para emprender una actividad remunerativa en la vida civil, como se desprende del acta No. 023 de la Junta Médica No. 0969 y del acta del Consejo Técnico Médico Militar No. 0970 de 24 de julio de 1970, y que, por lo tanto, es acreedor de las prestaciones sociales señaladas.

1.3.- A dos (2) de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976), ante la no respuesta del Ministerio. invocando el fenómeno del "silencio administrativo", el apoderado aludido ocurrió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y solicitó la declaratoria de que se ha operado el fenómeno del "silencio administrativo" respecto a la petición elevada el 26 de febrero de 1975, que es nula la resolución

No. 6209 de 11 de octubre de 1972 proferida por el Ministerio de Defensa que negó al actor el reconocimiento y pago de la indemnización que le corresponde por haber adquirido en el servicio graves afecciones y lesiones que le producen incapacidad permanente y total para el desempeño de las funciones que venía ejerciendo. A título de restablecimiento del derecho que le ha sido negado, pide que se ordene al Ministerio la liquidación y pago de una pensión de invalidez en cuantía del 50% de los haberes que en todo tiempo perciba un subteniente del Ejército Nacional (sic) en actividad, con inclusión de todas las primas y subsidios y demás suplementos salariales y la indemnización correspondiente a su máxima incapacidad y desde la fecha de su retiro.

1.4.- El libelista invoca, como base legal de sus pretensiones, el decreto 1378 de 1967, el decreto 3071 de 1968 (art. 145) y los arts. 17 y 169 de la Constitución política vigente en la época.

1.5.- La sentencia que es ahora objeto de la alzada, en sus párrafos considerativos, estudia primeramente si se agotó la vía gubernativa por silencio de la administración. Sobre el tópico anota que, no obstante que el Ministerio sí resolvió negativamente acerca de la petición elevada por el apoderado de Roa Carvajal el 26 de febrero de 1975, el 13 de mayo de 1976, esta decisión fue extemporánea, dado que lo hizo cuando ya el interesado había acudido a la jurisdicción. Por lo tanto,concluye, sí se produjo el "silencio" y sí se agotó la vía gubernativa.

1.6.- En cuanto a la solicitud de nulidad de la resolución No. 6209 de 11 de octubre de 1972 que había denegado la indemnización por las lesiones adquiridas durante el servicio como cadete, anota que "si bien el acto tácito y la resolución mencionadas se refieren a un mismo sujeto (el demandante), el objeto aunque conexo es distinto. Mientras el acto tácito se relaciona con el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez y es consecuencia de la petición formulada, al respecto, dos años y cuatro meses más o menos después de ejecutoriada y en firme la Resolución del 11 de octubre de 1972 aludida, ésta niega una prestación, concretamente el pago de la indemnización por la incapacidad....", se está en presencia, por lo menos, de una prestación social **distinta**.También ha de analizarse lo que corresponde a ese acto expreso, porque "no han transcurrido cuatro años" para que haya caducado "la acción de Plena jurisdicción respecto a ella...", aunque de manera separada.

1.7.- Pasa a analizar la resolución 6209 de 11 de octubre de 1972 y, de acuerdo con las pruebas, concluye que señalando los arts. 145 y 146 del decreto 3071 de 1968, en relación con el reconocimiento de indemnización y pensión de invalidez a que tengan los alumnos de las escuelas de formación militar, es menester que las lesiones se hayan adquirido "en actos relacionados con su

preparación militar o del servicio", lo que no es el caso del actor, por lo que esa resolución fue dictada conforme a la ley.

1.8.- Respecto a la petición negada implícitamente por el silencio de la administración, tampoco encuentra el Tribunal el fundamento fáctico para acceder a las pretensiones de la demanda, puesto que no es inválido absoluto y permanente.

II.- DE LA SEGUNDA INSTANCIA

2.1.- Esta se ha encaminado a demostrar lo aseverado por la demanda: que el actor es inválido absoluto no sólo para la vida militar, sino para cualquier otra en la vida civil.

2.2.- Toda documentación, exámenes, peritaciones que versan sobre la afección del actor que. revelan que el índice lesional es de 18 y la disminución de su capacidad laborativa es del 44.5%. Las crisis neuróticas, su recurrente inestabilidad emocional., sus insomnios frecuentes, no le han impedido cursar estudios de economía en la Universidad de Tunja (ver fol. 88), lo mismo que el cuadro maníaco o las anomalías sexuales que padece (fol. 90). La sección de psiquiatría del Instituto de Medicina Legal (fols. 96 a 100), entre otras cosas dice: "Del presente estudio psiquiátrico forense, se desprecien que el examinado presenta alteraciones psicopatológicas y de adaptación vital. Proviene de un hogar donde la figura paterna es vivida como poco afectiva; la figura materna es más aceptada; la falta de una adecuada figura paterna hizo que DURAN exhibiera desde su infancia rasgos de introversión, aislamiento, timidez e inseguridad, que se acrecentaron a lo largo de su vida; con el ingreso a la marina (17 años) su precario equilibrio psicológico se derrumbó haciéndose sintomático un primer cuadro psicótico que ameritó tratamiento intrahospitalario y psicofarmacológico; desde entonces ha presentado varias crisis similares que han sido tratadas. interhospitalariamente y con psicofármacos; permaneció hasta 1978 con tratamiento ambulatorio pero por falta de recursos económicos lo suspendió, excepto en una crisis en 1980 en que fue tratado en Tunja. Al examen mental, se encuentran alteraciones en el afecto, pensamiento, inteligencia, juicio, raciocinio, memoria, atención, área psicomotora, actitud y pobre juicio de la realidad por utilización de mecanismos de adaptación primitivos (escaso control yoico), lo que corrobora la preexistencia de un proceso psicótico esquizofrénico con deterioro secundario de sus funciones psíquicas superiores lo cual es evidencia de una pobre vida social, laboral y afectiva, no ha desempeñado ninguna actividad laboral, excepto ayudar a faenas domésticas sencillas; no ha establecido ningún vínculo afectivo y su participación en actividades comunitarias es escasa. 0 sea que DURAN desde su infancia presentó rasgos esquizoides de personalidad; con la

adolescencia y el ingreso a la Marina, y con ello el aumento de presión social, económica e institucional su precario equilibrio psicológico lo llevó a presentar una franca ruptura de la prueba crítica de la realidad entrando en un proceso psicótico esquizofrénico con pérdida gradual y progresiva de sus funciones psíquicas superiores. Las causas de esta grave afección son aún motivo de investigación, sin embargo se describe que elementos biológicos, psicológicos y sociales interactúan y que en una persona susceptible, como en el caso de DURAN (rasgos esquizoides de personalidad desde su infancia) desencadenan el proceso esquizofrénico; se requiere de un adecuado y permanente control para evitar el deterioro progresivo, o sea hacer el pronóstico de esta alteración menos grave; ya que DURAN no continuó el tratamiento ambulatorio, sería de utilidad que inicie su rehabilitación para impedir un mayor deterioro y hasta donde sea posible una recuperación parcial de sus funciones psíquicas deterioradas....."

2.3.- Distintos memoriales de los apoderados de la entidad pública demandada. que a lo largo del proceso se han sucedido, plantean ante la Sala, primeramente, fallo inhibitorio porque el poder otorgado inicialmente por el mandante actor, sólo lo fue para entablar la demanda y no lo hizo extensivo para ningún otro tipo de actuación; es más, no hubo nuevo poder para impetrar la reconstrucción. Si no se acepta esa argumentación. solicitan esos apoderados sucesivos se confirme el fallo del Tribunal por cuanto los elementos que giran en torno a las probanzas de la situación fáctica del demandante, apuntan a concluir que las afecciones mentales que sufre, no adquiridas por el servicio militar en la Armada, carecen de los elementos que las normatividades legales señalan para hacerse acreedor de las pretensiones que reclama.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

3.1. La lacónica vista fiscal afirma que la sentencia apelada se atiene a la más estricta evidencia procesal, dado que el Tribunal *a-quo* halló que la Administración obró conforme a la ley al no otorgarle una pensión de invalidez, pues, según la certificación médica oficial, la enfermedad determinante de la incapacidad "no fue adquirida en actos relacionados con su preparación militar o del servicio" tal como lo exigen los arts. 145 y 146 del decreto 3071 de 1968. Por lo tanto, la sentencia en cuestión debe confirmarse.

Así las cosas, llegado el momento de decidir y no hallando defecto que incida en la validez de lo actuado.

SECCION SEGUNDA

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

A.- La advertencia del mandatario judicial de la parte demandada es exacta: el actor no otorgó nuevo poder a su apoderado para que solicitase del Consejo de Estado la reconstrucción del proceso a raíz de haber sido destruido o desaparecido con ocasión de los acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985, sino que dicho apoderado, **motu proprio**, mediante memorial presentado en fecha que no se anotó (ver fol. 51 vto. así lo pidió y, "con el ánimo de contribuir a la reconstrucción solicitada", aportó diversos documentos (fols. 48 a 51).

Ahora bien: el decreto extraordinario 3825 de 1985 -27 de diciembre,- por el cual se dictaron medidas sobre reconstrucción de procesos contencioso administrativos que conocía el Consejo de Estado que fueron destruidos por causa de la toma violenta del Palacio de Justicia de Bogotá y que se encontraban en apelación, se regía por las siguientes reglas: "1. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la reanudación de términos en el Consejo de Estado, el **recurrente** deberá presentar al Consejero que conocía últimamente del proceso, solicitud de reconstrucción acompañada de copia auténtica de la sentencia apelada y manifestando bajo juramento que se considerará prestado con la presentación personal del escrito respectivo, sobre el estado en que se encontraba el proceso. De ahí en adelante se procederá, en lo pertinente, como se indica en el artículo 1o. de este decreto. 2. Vencido el término fijado en el inciso anterior sin que se haya formulado solicitud de reconstrucción, cualquier parte interesada podrá solicitar al Consejero que haya conocido últimamente del negocio que decrete tanto la deserción del recurso de apelación como la ejecutoria de la sentencia de primera instancia y constancia del Tribunal Administrativo respectivo sobre la concesión del recurso, la fecha del envió del expediente y sobre la circunstancia de que el proceso no ha regresado."

De modo que habiendo elevado el recurrente (el apoderado de la parte actora), la solicitud de reconstrucción, acompañando a ésta diversos documentos, tales como el poder que el actor le otorgó para entablar la demanda, poder en el cual se faculta al abogado aludido para "desistir, sustituir, reasumir, transigir, interponer recursos y recibir" (fol. 2), copia del libelo demandatorio (fols. 3 al 18), copia del acto expreso demandado, copia de la sentencia recurrida en apelación (fols. 16 al 26) y otros más cursados en la segunda instancia antes de su destrucción, ha de concluirse que no existe defecto que impida un pronunciamiento de fondo, máxime cuando a esa solicitud de reconstrucción comenzó a dársele trámite mediante auto calendario a treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986).

B.- Pasando ahora al fondo del asunto, se tiene que se demandan de nulidad dos actos administrativos: **uno expreso**, contenido en la resolución No. 6209 de 11 de octubre de 1972 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se negó al actor el reconocimiento y pago de la indemnización que, según el libelista, le corresponde por haber adquirido en el servicio graves afecciones y lesiones que le producen incapacidad permanente y total para el desempeño de las funciones que venía ejerciendo; **otro tácito**, resultante de la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo por parte del Ministerio de Defensa Nacional al no resolver dentro del término legal la demanda presentada en solicitud de pensión de invalidez e indemnización, con fecha 26 de febrero de 1975, negando así las peticiones del actor.

El primero de los actos enumerados acepta que el actor, dado de alta como cadete de la Armada Nacional el 10 de enero de 1969 y retirado el 16 de agosto de 1970 por incapacidad relativa y permanente, padece de "reacción esquizofrénica aguda tipo paranóico", "aparecida en el servicio pero no por causa de él", por lo cual "no es apto para el servicio de la F.F.M.M." y que "de acuerdo con el reglamento de incapacidades, invalideces e indemnizaciones le corresponde el numeral 2-002 índice de lesión catorce (14) ", pero que al tenor del art. 145 del decreto 3071 de 1968, "a los alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales, solo se les reconoce prestaciones por incapacidad física, relativa y permanente, cuando ésta es adquirida en actos relacionados con su preparación Militar o del servicio, no es procedente el reconocimiento y pago de compensación por invalidez física al ex-cadete....."

La demanda que dio origen a este proceso fue presentada el 23 de febrero de 1976 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tres (3) años y cuatro (4) meses después de expedida, ignorándose la fecha de su notificación y, desde luego, cuándo empezó a conjugarse su ejecutoria. No obstante, para aquellos días, regían en pleno vigor, los decretos-leyes 2338 y 2340 de 1971 que, para las acciones de plena jurisdicción que persiguieran el reconocimiento de prestaciones sociales para los militares y personal uniformado de la Armada Nacional, el término de caducidad era cuatro (4) años, conforme a sus estatutos de carrera.

De suerte, que ha de derivarse de todo ello, que el acto expreso cuestionado puede ser Juzgado tal como lo hizo el *a-quo*, en forma separada, por cuanto, como también lo sostiene, ese acto expreso no conforma acto complejo con el acto tácito surgente del silencio administrativo que será analizado en el siguiente acápite.

SECCION SEGUNDA

El acto expreso contenido en la resolución 6209 de 11 de octubre de 1972 se adecúa, en criterio del Tribunal, a lo prescrito en el art. 145 del decreto 3071 de 1968, que a la letra dice:

> "Artículo 145.- El alumno de las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales, que sea dado de baja por incapacidad relativa y permanente **adquirida en actos relacionados** con su preparación militar o del servicio, tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague una indemnización de acuerdo con las normas del reglamento de incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares, así:
>
> a) Alférez, guardiamarina o pilotín, la que corresponda al cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico de un Subteniente; los demás alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales, la que corresponda al treinta por ciento (30%) del sueldo básico de un Subteniente.
>
> b) Alumnos de las Escuelas de Formación de Suboficiales, la que corresponda al cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico de un Cabo Primero.
>
> Si la incapacidad fuere absoluta y permanente adquirida en iguales circunstancias a las determinadas anteriormente, se pagará por el Tesoro Público una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente a los grados anteriores, según el caso."

Según el artículo 145 del Decreto 3075/68 lo que atañe al literal a), parte segunda ("los demás alumnos de las Escuelas de Formación de Oficiales.. ."), es indispensable que la "baja" tenga origen en "incapacidad relativa y permanente adquirida en actos relacionados con su preparación militar o del servicio..." Concordantemente, el decreto 1378 de 1967 define "**incapacidad relativa y permanente**" como "la determinada por lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la aptitud psicofísica o capacidad de trabajo del individuo, sin ser susceptibles de recuperación por ningún medio." Y por "incapacidad absoluta y permanente" que sufría el actor con fundamento en la afirmación del demandante aquella determinada por lesiones o afecciones que causen la pérdida de la aptitud psicofísica para ocupar cargos en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional en forma definitiva sin ser susceptible de recuperación por medio alguno." (literales c) y d) del numeral 1, del artículo lo. del "Reglamento de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.").

Ya se ha visto que el art. 145 del decreto 3071 de 1968 exige una condición más: que la incapacidad -cualquiera sea ella- ha de ser **adquirida**

en actos relacionados con la Preparación Militar o del servicio de los alumnos, lo que descarta la posibilidad de que haya sido ocasionada en sucesos ajenos a esas circunstancias, por lo que cabe analizar si en el caso *sub-lite* se dan o no conforme a las probanzas recaudadas.

Dentro de esos lineamientos, se tiene: el acta de Junta Médica No. 969 dice que: "el paciente es traído al servicio de emergencia por presentar negatividad el día 19 de Julio del presente año (1970). Desde 4 días antes comenzó a presentar trastornos de personalidad caracterizados por indiferencia al medio, tendencia a estar solo y no respondía a preguntas hechas por compañeros, en una ocasión fue agresivo con ellos. Dos días antes fue llevado a consulta donde se le ordenó Stelazine y Largactil, sin mejoría. En el servicio de urgencia se encontró paciente obnubilado e indiferente quien respondió muy poco al interrogatorio; espasticidad de músculos, bien orientado. Halopsíquicamente. Se hizo I.C. de esquizofrenia y se ordenó hospitalización. . . ." Concluye esa acta "1a.) Padece reacción esquizofrénica aguda de tipo paranoico. 2a). Aparecida en el servicio pero no a causa de él. 3a.) Produce incapacidad relativa y permanente. 4a.) No es apto para el servicio. 5a.) De acuerdo con el Reglamento de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones le corresponde el numeral 2.002 índice 14a...." (folio 10).

De parecido tenor y de parecidas conclusiones es el "acta de Consejo Técnico Médico Militar" de 1970 (fol. 11).

El acto administrativo, por ende, se basó en esas probanzas que, en la vía gubernativa no se desvirtuaron, motivo por el cual no encuentra la Sala ninguna causal que amerite su anulación como lo ha impetrado la demanda. Por ello, en lo que atañe a este aspecto de la cuestión procesal, ha de confirmarse la sentencia del Tribunal recurrida.

C.- El otro acto surgiría del fenómeno del "silencio administrativo" ante la no respuesta por el Ministerio de Defensa al memorial que en 26 de febrero de 1975 elevara el apoderado, para esos efectos, del señor Durán Roa Carvajal. Sin embargo, a folios 14 y 15 aparece una copia al carbón de la resolución No. 4705 de 13 de mayo de 1976 que, según su segundo considerando, responde a esa solicitud en la que pide el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez y reajuste de la compensación por incapacidad física (sic).

Para esos días, el régimen del fenómeno del silencio administrativo estaba gobernado por el decreto 2733 de 1959, que indicaba un plazo de un mes (parágrafo del art. 18). Es obvio entonces derivar que el fenómeno en cuestión apareció, por lo cual, no obstante haberse producido el acto expreso en la

resolución No. 4705 de 13 de mayo de 1976, es claro que el "silencio administrativo" ha de ser tenido como tal para efectos de un juzgamiento.

Realmente, después de leer cuidadosamente todos y cada uno de los dictámenes arrimados al proceso en la segunda instancia, pese a que las distintas historias clínicas (fols. 88 a 93) dan cuenta de sus trastornos psiquiátricos, de ellos no se concluye de manera indubitable que éstos engendren incapacidad relativa y permanente y menos aún, incapacidad absoluta y permanente. Es más: el examen psiquiátrico practicado por la sección correspondiente del Instituto de Medicina Legal del Ministerio de Justicia, no desvirtúa las anteriores conclusiones, máxime cuando dice que " ... el caso DURAN (rasgos esquizoides de personalidad desde su infancia) desencadenan el proceso esquizofrénico...."

La Sala habrá de confirmar la sentencia apelada.

En mérito de todo lo cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 4 de junio de 1980, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso que tuvo origen en la demanda del señor Durán Roa Carvajal contra la Nación (Ministerio de Defensa).

Cópiese, notifíquese y en su oportunidad, devuélvase al tribunal de origen.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintitres (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA NOTARIAL / NOTARIO - Designación / CARGO VACANTE - Provisión

El objetivo de la carrera notarial, según el art. 95 del reglamento, es mejorar el servicio de la función notarial, seleccionar los notarios mediante la comprobación de su capacidad intelectual y moral, garantizar su estabilidad en el cargo y promoción o ascenso; para lo cual clasifica los círculos notariales en tres categorías (arts. 153, 154 y 155 del decreto ley 960 de 1970) modificado por los arts. 16 y 17 de la ley 29 de 1973. A los notarios los clasifica en de "carrera" y de "servicio" y el desempeño del cargo lo especificó en propiedad, en interinidad o por encargo, y en especialísimas circunstancias "*ad hoc*" (art. 68 decreto 2148 de 1993). Contempla el sistema que pertenecen a la "carrera" quienes satisfagan concurrentemente los requisitos indicados en el art. 98 del decreto ley 960 de 1970 y son admitidos a ella, ubicándolos en la categoría correspondiente a la notaría que ejerzan en propiedad al momento de la admisión; por manera de que se generan para el inscrito, en términos del art. 178 prementado, derechos de estabilidad o permanencia en el cargo dentro de las condiciones del propio estatuto, derechos a participar en concursos de ascensos; implica también, la "preferencia" para ocupar, a solicitud propia, una notaría vacante en la misma categoría dentro de la misma circunscripción político-administrativa; y, finalmente, contiene el art. 178 del decreto ley 960 de 1970, la prelación para el notario de carrera en los programas de bienestar social y en las becas y cursos de capacitación y adiestramiento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

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

Referencia: Expediente No. 3508. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: LUIS EDUARDO CASTRO MONTES.

Mediante apoderado LUIS EDUARDO CASTRO MONTES demandó la nulidad del Decreto 160 del 26 de enero de 1988 del Gobierno Nacional por el cual se nombró en propiedad al doctor Mario González Giraldo como Notario Primero del Círculo de Pereira para el resto del período comprendido entre el 1° de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1989, por deceso del titular; también de la Resolución 0541 del 9 de febrero de 1988, emanada de la Superintendencia de Notariado y Registro, confirmatorio del nombramiento, y, del acta de posesión número 045 del 17 de febrero de 1988 ante el Gobernador del Departamento de Risaralda, con la cual se asumió el cargo. Como restablecimiento del derecho el actor solicitó "su derecho a ser nominado para el cargo de notario primero del Circulo de Pereira, al realizarse el trámite de reconocimiento a la preferencia que en su favor establece la ley, por ocupar un cargo de igual categoría en el mismo departamento y estar debidamente incorporado a la carrera notarial" (fl. 21).

Ante el óbito del notario primero del Circulo de Pereira ocurrido en diciembre de 1987, su colega, según documental del 29 de diciembre del mismo año remitida al Superintendente de Notariado y Registro hízole saber su interés en ocupar dicha vacancia por encontrarse dentro de las condiciones consagradas en el artículo 93 del Decreto 2148 de 1983, así como al Ministro de Justicia, de conformidad con la petición del 11 de febrero de 1988 (fl. 8) requirió impartir la orden para que no se produjera la confirmación del cargo según designación del decreto acusado, la cual le fue respondida adversamente por la Dirección Legal de la Superintendencia (fls. 9-10).

Acusa la demanda la infracción de las normas que consagran el régimen de la designación de los notarios en propiedad y en la carrera notarial con lesión de los derechos establecidos en favor de quienes se hallan inscritos en ella, especialmente en su legítima aspiración para ser tenido en cuenta al realizar las nominaciones de quienes ocuparan la vacante producida, preferencia consagrada en el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, reglamentado por los arts. 93 y 94 del Decreto 2148 de 1983 y por el artículo 4° del Decreto 231 de 1985 (fls. 3-4).

La Superintendencia de Notariado y Registro se opuso a las peticiones porque, según sus expresiones, el Gobierno conforme el art. 4° del Decreto 231 de 1985, que modificó el art. 93 del Decreto 2148 de 1983, "ha considerado frente a dicha disposición que es potestativo para él y para los nominadores de

segunda y tercera categoría, a designar en propiedad, (...) apartándose de acceder al traslado solicitado por usted" (fl.9), que repitió en la contestación de la demanda así: "...NO basta la solicitud de traslado a otra notaría de la misma categoría, el nominador tiene facultad discrecional para decidir sobre la petición consultando la hoja de vida del peticionario, así se establece en el art. 4° del Decreto 231 de 1985, norma que modificó el artículo 93 del Decreto 2148 de 1983" (fl. 102).

Respecto de la resolución confirmatoria del nombramiento se opuso porque el nombrado satisfizo los requisitos legales para el desempeño del cargo, y que el Gobierno puede designar en propiedad sin convocar a concurso como lo permite el artículo 146 del Decreto 960 de 1970, sobre manera a partir de la suspensión parcial del artículo 84 del Decreto 2148 de 1983, por auto de la Sala fechado el 30 de marzo de 1984, respecto de la expresión "**el nombramiento de notarios en propiedad no procede sino mediante concurso**" (fls. 98-100).

El Notario designado también se opuso a las pretensiones de la demanda con idénticos argumentos, luego de haber sido notificado de su admisión y los explanó en su alegación de instancia, relievando sus comentarios sobre el derecho de preferencia de los notarios de carrera, definido en el precipitado artículo 178 (fl. 105).

En cambio para el demandante, el artículo 178 le confería preferencia ante la vacante producida ya que los únicos - círculos de primera categoría en el Departamento de Risaralda son los de Pereira y Santa Rosa de Cabal -éste ocupado por el demandante y excluye el libre criterio del funcionario para cumplir o no con los preceptos legales (fl. 133).

La Fiscal Quinto ante el Consejo de Estado en su concepto, por el impedimento del Fiscal Cuarto, luego de las citas legales que estima aplicables y de su intelección, concluye que:

"....

"6.- De lo anterior se colige fácilmente que el notario que desempeña el cargo por no haberse realizado concurso o por haber sido este declarado desierto es interino y quien lo desempeña para suplir faltas de su titular es encargado, mientras se nombra el titular en propiedad o vuelve el titular a detentar el cargo.

7.- Mediante los actos acusados se nombró, confirmó y posesionó en propiedad en el cargo de Notario Primero del Círculo de Pereira al doctor

Mario González Giraldo, quien no estaba inscrito en la carrera notarial. (fl 2)

8.- Por otro lado el nombramiento del doctor González obedeció a la falta absoluta de su titular, el doctor Guillermo Sanz" (fl. 152).

Y en relación con la preferencia, la Agencia Fiscal, opina:

"Por lo demás, se estima que tal preferencia se constituye en un derecho adquirido para el funcionario inscrito en la carrera notarial, a ser tenido en cuenta en la designación y nombramiento, más no a que sea elegido.

"De tal manera que esa preferencia se traduce en el caso concreto y, en el supuesto de que se coloquen dos o más personas para aspirar a llenar una vacante de notario dentro de una circunscripción político administrativa, en la primacía que debe tener la persona inscrita en la carrera notarial sobre los otros que no lo están para ser tenida en cuenta al momento de entrar a llenar la vacante, pero solamente con esta finalidad, sin que pueda conllevar una limitante a la facultad del nominador para hacer el nombramiento en propiedad en una persona que no pertenezca a la carrera y que entrarla a ser notario por servicio. Esa preferencia en sí, no es obligatoria, ya que la norma no lo está consagrando así" (fls. 153).

"Así las cosas, dirá el concepto, el nominador aplicó correctamente el art. 146 del Decreto 960 de 1970 en concordancia con el artículo 4° del Decreto 231 de 1985, dada la circunstancia de que se cumplían los supuestos fácticos que aquella determina".

Por tanto pide que no se acceda a las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES:

La cuestión jurídica planteada deberá resolverse en consonancia con los preceptos de la Constitución de 1886 y las normas expedidas a su amparo para la regulación de la función notarial. Con tal mira, competía al Gobierno Nacional la provisión del nombramiento de Notario en la primera categoría en propiedad, conforme al artículo 5° del Decreto Ley 2163 de 1970, modificatorio del art. 161 del Decreto Ley 960 de 1970; confirmada por el Superintendente de Notariado y Registro, una vez acreditados los requisitos legales para su ejercicio que precederá a la posesión del cargo de acuerdo con el reglamento.

El 14 de mayo de 1990 la Sala expresó que el artículo 146 del Decreto Ley 960 de 1970, si bien establece la regla para la selección de notarios en

propiedad a través del concurso, no es congruente al permitir la postulación y designación prescindiendo de él "cuando no se haya realizado y cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron, conforme a los arts. 172 y 174", que fueron derogados por el art. 22 de la Ley 29 de 1973; y en parte contradictorio con otros de sus mandatos como los de los artículos 137 y 148.

Del reglamento la Sala en providencia del 30 de marzo de 1984 habrá suspendido el literal a) del art. 84 del Decreto 2148 de 1983, en cuanto la exigencia de la designación a través de concurso porque entiende que el Ejecutivo había desbordado sus facultades constitucionales, pero conservó al nominador la facultad para proveer el cargo en propiedad desentendiéndose en su postulación y designación de los resultados del concurso.

La cuestión de esta vez no es dicha competencia sino saber si al cumplirla, además de permitirse nombrar notarios en propiedad prescindiendo de su selección por oposición en concurso, está habilitado o no para proveer sobre la vacante omitiendo las aplicaciones estatutarias, como las denominó el legislador extraordinario de 1970, de los notarios inscritos en carrera, y por tanto se impone definir el alcance del numeral 3 del art. 178 del Decreto Ley 960 de 1970, sobre el cual ha versado el debate.

El objetivo de la carrera notarial, según el artículo 95 del reglamento es mejorar el servicio de la función notarial, seleccionar los notarios mediante la comprobación de su capacidad intelectual y moral, garantizar su estabilidad en el cargo y su promoción o ascenso; para lo cual clasifica los círculos notariales en tres categorías (arts. 153, 154 y 155 del Decreto Ley 960 de 1970) modificado por los artículos 16 y 17 de la Ley 29 de 1973. A los notarios los clasifica en de "carrera" y de "servicio" y el desempeño del cargo lo especificó en propiedad, en interinidad o por encargo, y en especialísimas circunstancias "*ad hoc*" (art. 68 Decreto 2148 de 1983).

Contempla el sistema que pertenecen a la "carrera" quienes satisfagan concurrentemente los requisitos indicados en el artículo 98 del Decreto Ley 960 de 1970 y son admitidos a ella, ubicándolos en la categoría correspondiente a la de la notaría que ejerzan en propiedad al momento de la admisión; por manera que se generan para el inscrito, en términos del artículo 178 prementado, -derechos de estabilidad o permanencia en el cargo dentro de las condiciones del propio estatuto; derecho a participar en concursos de ascenso; implica también, la "preferencia" para ocupar, a solicitud propia, una notaría vacante en la misma categoría dentro de la misma circunscripción político-administrativa; y, finalmente, contiene el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, la prelación para el notario de carrera en los programas de bienestar social y en los de becas y cursos de capacitación y adiestramiento.

SECCION SEGUNDA

El numeral 3° del art. 178 del Decreto Ley 960, dice así:

"Art. 178. El pertenecer a la carrera notarial implica:

(...)

"3. **Preferencia para ocupar**, a solicitud propia y dentro de la misma circunscripción político administrativa, otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante". (Hemos resaltado).

Para la Superintendencia (fls.9 y 102) el Gobierno está ante una facultad discrecional, otro tanto para el notario demandado y para la Delegada del Ministerio Público; pero ante un derecho reglado para el demandante.

Tal como lo ha planteado el actor, en el Departamento de Risaralda, los notarios de la primera categoría tan sólo eran, para la época de los hechos, los del Círculo de Pereira como capital de] Departamento y la única de Santa Rosa de Cabal. (fls. 8 -11). Ello Implica que están en el mismo lugar del escalafón para los efectos de la carrera notarial, lo cual significa que sus servidores reúnen las mismas calidades legales mínimas para el ejercicio de la función; obviamente que están dentro del mismo concepto jurisdiccional expresado en el numeral 3 del art. 178 del Decreto Ley 960 de 1970: circunscripción político-administrativa.

Ello implica que los respectivos notarios, los del Círculo de Pereira y el de Santa Rosa de Cabal, están recíprocamente legitimados para "solicitar" la notaría vacante cuando ello suceda, como efecto de los derechos de pertenencia a la carrera; que no resulta obligatorio para ellos ejercerlo, ni al nominador provocarlo y menos desoírlo cuando se ejerza correctamente. Dentro de esa hipótesis concreta bien ha podido acontecer que tan sólo uno de los restantes notarios de la 1a. categoría en el Departamento de Risaralda haya ejercido debidamente su derecho, o lo hayan ejercido algunos de ellos.

En este proceso el demandante ha acreditado y no ha sido desvirtuada, su pertenencia a la carrera notarial en la categoría correspondiente a la notaría primera del círculo de Pereira; que el 29 de diciembre de 1987 pretendió ejercer su derecho preferencial al traslado para proveer la vacante causada por el fallecimiento del notario titular (fl.7), dirigiendo su petición (fl.8) al Superintendente de Notariado y Registro y no al nominador que por tratarse de una notaría de primera categoría es el Gobierno Nacional, integrado por el Presidente y el Ministro de Justicia, según el art. 57 de la Constitución Nacional de 1886. También obra en el proceso que el 13 de enero de 1988, el notario demandado, que no pertenecía por entonces a la carrera notarial, según su hoja

de vida visible a folios 56 y 57, hizo llegar al conocimiento del Ministro de Justicia su interés en el cargo y que esos documentos permitieron que el 26 siguiente se expidiera el decreto de su nombramiento.

Contiene el proceso la solicitud-oposición del demandante a la confirmación del nombramiento hecho por el Decreto 160 de 1988, dirigida al Ministro de Justicia (fl. 8) que fue respondida con el Oficio 02019 del 17 de febrero de 1988 (fl. 9).

Viene de lo precedente que la petición del actor no se envió al nominador, y no está demostrado que lo hubiere sido igualmente al Ministro de Justicia, ni que el Gobierno Nacional antes de expedir el Decreto cuestionado hubiere sabido de su interés en ocupar la sede vacante en Pereira.

Sin tal demostración, como no se discute la competencia del Gobierno Nacional para proveer el cargo, carece la Sala de la prueba de que se hubiere desatendido el interés del actor y de la violación de su derecho preferente al mismo con lo cual la acusación contra el mismo no prospera.

El acto en mención conforma así uno de los discrecionales del nominador, discutible como tal, pero respecto de cuya competencia para emitirlo no queda duda y en el debate procesal no hay probanza de la desviación de su finalidad al nombrar el reemplazo del notario fallecido, dentro del ámbito del art. 146 del Decreto Ley 960 de 1970, pues competía al actor demostrar en qué medida está dicho decreto inspirado en motivos diferentes a la finalidad del buen suceso notarial, y no lo hizo.

Y respecto de las pretensiones formuladas contra la confirmación y la posesión del notario reemplazante, estrechamente ligadas con el decreto acusado, ya se ha visto como le fueron planteadas al Gobierno Nacional y no al Superintendente de Notariado y Registro, autoridad competente para esos fines; y como no existen otros reparos sobre su legalidad tanto formal como material, la Sala denegará también estas súplicas de la demanda.

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,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Reconócese a la Doctora SELVA VELASQUEZ FANDIÑO como apoderada especial de la Superintendencia de Notariado y Registro, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruíz, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Catro, Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez; *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos,Secretaria.

INSUBSISTENCIA / PROCESO DISCIPLINARIO - Improcedencia

La facultad discrecional del nominador para retirar del servicio a un funcionario sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posible faltas en que haya incurrido un funcionario, las cuales no generan el privilegio de la inamovilidad en el cargo. No es viable determinar que mediante el acto administrativo enjuiciado se hubiera impuesto a la actora una sanción disciplinaria, ni está demostrado tampoco que la autoridad nominadora, en esta caso el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, hubiera proferido la declaratoria de insubsistencia por el incidente a que alude la parte demandante. Ha expuesto la Sala que, los enfrentamientos entre funcionarios, Jefes y Subalternos, en nada contribuyen a la buen marcha de la administración; por el contrario, tales enfrentamientos, dificultan y entorpecen el buen servicio. Por consiguiente, así se hubiera acreditado que existieron enfrentamientos, incidentes o discusiones entre la demandante y el nominador que influyeron en la declaratoria de insubsistencia, tampoco se podría concluir en la ilegalidad del acto de desinvestidura como opuesto a los fines del buen servicio, ni que por ese hecho fuera necesario adelantar proceso disciplinario contra la actora.

PROTECCION A LA MATERNIDAD / INDEMNIZACION / INSUBSISTENCIA - Procedencia / REINTEGRO - Improcedencia

En lo atinente al estado de embarazo de la actora al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debe desestimarse la restitución al cargo que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría, como se solicita en el libelo, puesto que tratándose de una empleada de libre nombramiento y remoción,

como sucede en esta asunto, en caso de despido en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes a la fecha del parto o aborto, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ella tendrá derecho a que se le reconozca la indemnización correspondiente, la suma de dinero respectiva a la licencia remunerada; siempre y cuando dicho despido impida el goce de la misma y, además, a las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar, de conformidad con el vínculo laboral que exista al momento de la desvinculación.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente No. 4883 RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: MARTHA CECILIA ZAPATA HERNANDEZ

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual fueron negadas las peticiones de la demanda.

En el *libelo* correspondiente (folios 33 a 44 y 46), se solicitó, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", incoada contra la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), la declaratoria de nulidad del artículo 8 de la resolución No. 00535 de febrero 26 de 1987 (folio 59), emitida por dicha entidad, y, en virtud de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Profesional Universitario 3020 Grado 06 de la División Delegada de la Subdirección Jurídica en la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Medellín de la Dirección General de estos Nacionales, y que, como consecuencia de ello, se ordene el reintegro de la actora al mismo cargo que desempeñaba del cual fue ilegalmente desvinculada, o a otro de igual o superior categoría, y el pago de los emolumentos y prestaciones que haya dejado de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta que opere el reintegro.

A. DE LAS CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES DEL FALLO RECURRIDO

El *a-quo*, luego de exponer los hechos en que se baso la demandante, consideró que, como lo observa la apoderada de la Nación, el *libelo* incurre en el error de invocar, como disposiciones infringidas, normas del Código Sustantivo

del Trabajo que no son aplicables a las relaciones entre la administración y sus servidores; que el certificado médico que consta en el proceso, expedido por médico particular, es de fecha posterior a la declaratoria de insubsistencia; que los testigos se limitan a relatar que la actora les contó sobre su embarazo; que no existe ni el más mínimo indicio de que el nominador o su superior inmediato hubiesen tenido conocimiento del estado de preñez; que tampoco se demostró en el caso *sub-lite* la desviación de poder alegada por la parte actora, pues no está probada la persecución partidista contra la demandante dentro del proceso; que consta en éste que la actora no se encuentra en período de prueba ni inscrita en la carrera administrativa; que no basta el talento para asegurar la permanencia en el servicio público, ya que es indispensable reunir otras condiciones adicionales; que en síntesis no es suficiente para obtener la anulación de un acto administrativo, una extensa y eficiente hoja de servicios, puesto que el cumplimiento de funciones públicas requiere de un cúmulo de cualidades (folios 372 a 380).

B.- DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO IMPUESTO

El escrito contentivo del recurso de apelación (folios 382 a 392) señala, entre otras cosas, que se probó fehacientemente dentro del proceso que las razones que llevaron a la expedición del acto administrativo impugnado fueron distintas a las del buen servicio; que la relación de causalidad entre el incidente presentado en el mes de febrero de 1987 con el señor Gustavo Alonso Gómez y la desvinculación del servicio se encuentra debidamente demostrada; que respecto de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción interesa saber en este asunto para la prosperidad de las pretensiones hechas en el libelo si se logró demostrar que el propósito para dictar el acto enjuiciado no fue el interés general o de la colectividad, sino otra finalidad contraria a éste; que de la hoja de vida de la demandante y de las pruebas traídas al proceso están demostradas las calidades personales y profesionales de ésta; que fue por consiguiente la discusión que se produjo en el mes de febrero de 1987, los motivos que llevaron a la declaratoria de insubsistencia, pues de otra manera de no presentarse esa desviación de poder, tampoco se hubiera instaurado la demanda, por cuanto dicho acto discrecional habría sido totalmente legal; a partir de su retiro, el servicio se desmejoró, lo cual puede probarse si se solicita a la División Delegada de la Subdirección Jurídica de la ciudad de Medellín y también a la Subdirección Jurídica de la ciudad de Bogotá, la relación de negocios evacuados en los años de 1986 y 1987; que la falta de rendimiento laboral en la Subdirección Jurídica Delegada, originó que el doctor Gustavo Alonso Gómez Pineda fuera trasladado a otra dependencia, es decir, desmejorado; que la demandante no está de acuerdo con la apreciación del *a-quo* en lo atinente a que en el caso *sub-judice* no se encontró propósito mezquino o dañoso en la actuación del doctor Gustavo Alonso Gómez; que desde el momento en que se

presentó el incidente a que se ha aludido, ha debido adelantarse el proceso disciplinario que concluyera con la destitución, exoneración u otra sanción disciplinaria, si el hecho imputado no existía o era de menor gravedad; que la facultad discrecional, acorde con el artículo 36 del C.C.A., debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, esto es, el buen servicio, y proporcional a los hechos que le sirven de causa; que en este asunto los funcionarios actuaron en forma abusiva, como si el Estado existiera para satisfacer los apetitos personales de quienes administran la cosa pública; que la desviación de poder también se configuró en razón a que la administración no realizó los trámites encaminados al ingreso de sus funcionarios de reconocida eficiencia y experiencia en la carrera administrativa, no obstante haberse solicitado la inscripción con el cumplimiento de los requisitos; que en lo que concierne al estado de embarazo de la actora, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no afirmó en ningún momento que hubiera desconocido dicho estado cuando fue declarada insubsistente; que por el contrario, no se interrogó a los testigos en tal sentido y únicamente en los alegatos de conclusión se hizo alusión al estado de embarazo, mientras si se comprobó por la demandante que en las reuniones de oficina se tocó el tema del estado de su preñez.

C.- CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de junio de 1990 (folios 407 y 408), es de opinión de que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las peticiones del *libelo*, teniendo en cuenta que del acervo probatorio allegado al proceso, se determina que la demandante estaba embarazada cuando su nombramiento fue declarado insubsistente, lo cual hace presumir que su retiro del servicio obedeció a su estado de gravidez, de conformidad con lo estatuido en las normas pertinentes de los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; que el legislador no condiciona los presupuestos legales que dan vida jurídica a esa presunción al conocimiento que el nominador tenga del estado de embarazo, lo que resulta lógico, pues este estado puede ser ignorado aún por la misma empleada; que la comentada presunción solo puede ser desvirtuada en la medida en que se pruebe en forma expresa que existió un motivo legalmente válido como factor determinante de la remoción; que no obstante la parte actora no acierta en la cita de las disposiciones infringidas "la facultad para interpretar la demanda encuentra amplia justificación en que la presunción en comento no está erigida como homenaje lírico a la maternidad, sino en tributo a un bien jurídico tutelado desde los preceptos del Código Civil sobre protección de la vida del que está por nacer". (folio 408).

De esta suerte, al no hallar vicio alguno que incida en lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El caso *sub-lite*, por tanto, consiste en dilucidar la legalidad o ilegalidad del artículo 8 de la resolución No. 00535 de febrero 26 de 1987, expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora del cargo de Profesional Universitario 3020, grado 06, de la División Delegada de la Subdirección Jurídica en la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Medellín, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, para aquélla época, bien porque estaba en situación de embarazo bien por desviación de poder, que son las dos causales esgrimidas por la demanda.

En lo atinente al estado de embarazo al momento de la declaratoria de insubsistencia, debe desestimarse, puesto que tratándose de una empleada de libre nombramiento y remoción, como sucede en este asunto, en caso de despido en dicho estado o dentro de los tres meses siguientes a la fecha del parto o del aborto, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ella tendrá derecho a que se le reconozca la indemnización correspondiente, es decir, la suma de dinero respectiva a la licencia remunerada, siempre y cuando ese despido impida el goce de la misma y, además, a las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de conformidad con el vínculo laboral que exista al momento de la desvinculación.

En la demanda, pidió la actora (folio 42) que : "3) subsidiariamente que se indemnice tal como lo preceptúa el ordinal 3o. del art. 239 del C.S.T. Ha de decir la Sala que más propiamente han debido citarse los preceptos pertinentes contemplados en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, como bien lo anota el *a-quo* en la sentencia apelada (folio 376), porque son las normas aplicables al sector oficial. Además, ha de anotarse que, acorde con el acervo probatorio allegado al proceso, el estado de embarazo de la señora Zapata Hernández carecía de notoriedad al momento de la declaratoria de insubsistencia, como se establece en el certificado médico que consta a folio 22 del expediente, expedido el 27 de marzo de 1987, según el cual estado de gravidez era, aproximadamente de siete semanas y teniendo en cuenta que la declaratoria se produjo el 26 de febrero del citado año. Por otra parte, no se ha demostrado que la autoridad nominadora tuviese conocimiento del hecho, razón por la cual ésta gozaba de autonomía para desvincularla del servicio.

Ahora bien, en cuanto a la desviación de poder, ha de decirse que no hay duda que los actos administrativos que versen sobre la declaratoria de

insubsistencia de un nombramiento de un empleado no vinculado a carrera, como en el caso de la actora, se rigen por la facultad discrecional.

Al respecto consta en el proceso que la demandante no pertenecía a la carrera administrativa, pues no se encontraba designada en período de prueba ni estaba inscrita en ella (folio 64). El hecho de que a la actora se le hubiera efectuado un nombramiento provisional, viable para proveer transitoriamente empleos de carrera, mientras se realiza el concurso de méritos, no da derecho alguno de pertenecer a ella o de obtener fuero de estabilidad relativa en el cargo, como se plantea en los hechos de la demanda (folio 33).

Como es de conocimiento, cuando existe "poder discrecional", la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que lo ejercerá, le deja "juzgar", "apreciar", "medir" o "pensar" la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además, por la presunción de legalidad que lo protege en virtud de su propia naturaleza.

Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que ha podido ser "arbitrario" o ha podido ser dictado con "desviación de poder".

La desviación de poder alegada por la parte actora en el *libelo*, se presenta cuando la decisión que se adopta implica un fin distinto al perseguido por la ley al conceder el poder discrecional, que en últimas, es el bien del servicio público. De tal manera que, si en el proceso, se llegaré a probar o demostrar que ciertamente hubo "desviación de poder" al dictarse el acto, éste será declarado nulo al destruirse la doble presunción que lo cobija.

La demostración de la desviación de poder es, indiscutiblemente, de tipo probatorio, como se infiere de lo que ya se ha expuesto respecto de esta causal de anulación de los actos administrativos. Porque, habiéndose dictado el acto dentro de las atribuciones del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, observando las formalidades prescritas por la ley, ajustándose a las disposiciones superiores que regulan la materia, únicamente aparecerá el defecto sí, de manera fehaciente, se obtiene destruir la doble presunción de legalidad y de emisión en aras del buen servicio que cobija el acto por su propia naturaleza y por su calidad discrecional, defecto que en el caso *sub-judice* no está acreditado, como lo anota el Tribunal Administrativo de Antioquia en el fallo apelado de noviembre 16 de 1989.

El material probatorio que consta en el proceso, no permite llegar a conclusiones diferentes de las deducidas en la sentencia recurrida por la parte actora, para que la Corporación pueda revocar la decisión adoptada por dicho Tribunal, con

el fin de acceder a las pretensiones del escrito demandatorio. Y ciertamente la valoración del acervo probatorio no lleva a la demostración de la desviación de poder, alegada en el *libelo*.

En sentir de la Sala, se colige que las pruebas allegadas al juicio carecen de la eficacia jurídica para llevar al fallador al convencimiento o la certeza incontrovertible sobre los hechos que sirvieron de presupuesto a las pretensiones de la demandante y que, el análisis de las pruebas aportadas en la primera instancia, a las que se refiere el *a-quo* en su fallo de noviembre 16 de 1989, las realizó el Tribunal del conocimiento con un criterio lógico de valoración y con observancia de las reglas de la sana crítica.

En cuanto a que en el caso *sub-examine* ha debido adelantarse proceso disciplinario, como lo sostiene la parte actora en la demanda (folio 37) y en el escrito contentivo del recurso de apelación (folio 390), en virtud del incidente presentado en el mes de febrero de 1987 entre la demandante y un funcionario de la dependencia administrativa donde ella laboraba, como lo ha manifestado la Corporación en otras oportunidades, facultad discrecional del nominador para retirar del servicio un funcionario sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posibles faltas en que haya incurrido un funcionario, las cuales no generan el privilegio de la inamovilidad en el cargo. No es viable determinar que mediante el acto administrativo enjuiciado se hubiera impuesto a la actora una sanción disciplinaria, ni está demostrado tampoco que la autoridad nominadora, en este caso el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, hubiera proferido la declaratoria de insubsistencia por el incidente a que alude la parte demandante.

Asimismo no obra en el proceso elemento alguno que indique que contra la actora se adelantara alguna investigación por la imputación de faltas cuando se expidió la resolución acusada No. 00535 de febrero 26 de 1987.

Sobre este tópico, aparece a folios 65 y 184 del expediente constancias a funcionarios del comentado ministerio de que la demandante no había sido objeto de ninguna investigación disciplinaria.

De otro lado, ha expuesto la Sala que, los enfrentamientos entre funcionarios, Jefes y Subalternos, en nada contribuyen a la buena marcha de la administración por el contrario, tales enfrentamientos, dificultan y entorpecen el buen servicio. Por consiguiente, así se hubiera acreditado que existieron enfrentamientos, incidentes o discusiones entre la demandante y el señor Gustavo Alonso Gómez que influyeron en la declaratoria de insubsistencia, tampoco se podría concluir en la ilegalidad del acto de desinvestidura como opuesto a los

fines del buen servicio, ni que por ese hecho fuera necesario adelantar proceso disciplinario contra la actora.

En lo atinente al estado de embarazo de la actora al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debe desestimarse la restitución al cargo que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría, como se solicita en el libelo, puesto que tratándose de una empleada de libre nombramiento y remoción, como sucede en este asunto, en caso de despido en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes a la fecha del parto o aborto, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ella tendrá derecho a que se le reconozca la indemnización correspondiente, la suma de dinero respectiva a la licencia remunerada; siempre y cuando dicho despido impida el goce de la misma y, además, a las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de conformidad con el vínculo laboral que exista al momento de la desvinculación.

En la demanda, pidió la actora (folio 42), que, "3) subsidiariamente que se indemnice tal como lo preceptúa el ordinal 3o. del artículo 239 C.S.T."

La capacidad, la eficiencia, la honestidad y el cumplimiento de los deberes propios del cargo no enervan de por sí la facultad discrecional del nominador.

Así las cosas, dicha consideración es suficiente para confirmar la sentencia apelada de noviembre 16 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo en este asunto.

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

FALLA :

Confírmase la sentencia de noviembre 16 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.-

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por Sala en sesión del día treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTARIO / SUSTITUCION PENSIONAL / LICENCIA ORDINARIA

El tiempo en que el empleado goza de licencia ordinaria, sea éste notario o desempeñe cualquier otro cargo, no puede legalmente computarse como de servicio. Y, en relación con los notarios, el parágrafo del art. 107 del Decreto 2148 de 1983, expresamente prescribe que el tiempo de las licencias ordinarias concedidas a esos funcionarios públicos y que se hallan regulados por lo que en él prescribe, no es computable con el tiempo de servicio, salvo cuando se otorguen para el concurso de ingreso a la carrera notarial, en cuanto no excedan de 15 días en cada año, o en caso de que la licencia se haya concedido para asistir a otros foros, seminarios nacionales o internacionales relacionados exclusivamente con la actividad notarial, por los días que comprenda el evento más uno de ida y otro de regreso. La parte actora no acreditó que algunos o algunos de los períodos de licencias ordinarias, concedidos al causante, en el interregno entre su posesión como notario y su deceso, lo hubiera sido para desarrollar algunos de los cometidos a que hace referencia el parágrafo del artículo 107 del Decreto mencionado. De modo que obro correctamente la Caja Nacional de Previsión Social, cuando se abstuvo de contabilizar como de servicio, el tiempo que de *cujus* permaneció en licencia ordinaria. Si no hubiera hecho así, obviamente habría incurrido en la transgresión de dicho precepto.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá, D.C. octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Orjuela Góngora.*

EXP. - 6598

Referencia: Expediente Nro. 6598. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: BETTY DIANA HERNANDEZ DE PARDO Y OTROS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 12 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

ANTECEDENTES:

La señora BETTY DIANA HERNANDEZ DE PARDO, mediante apoderado, en su propio nombre y en representación de su hijo menor JUAN GUILLERMO PARDO HERNANDEZ, solicitó al Tribunal declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 010924 de 1o. de noviembre de 1989, 05102 y 7908 de 30 de mayo y 28 de diciembre de 1990, por las cuales la Caja Nacional de Previsión Social, en razón de que el señor GUILLERMO PARDO SANZ no reunía en el momento de su deceso el requisito de tiempo de servicios, negó el reconocimiento post mortem de la pensión de jubilación y, consecuencialmente, la sustitución de esta prestación a su favor y al de su hijo menor de edad.

Al sustentar la acción, relata la actora que el señor Pardo Sanz, con quien contrajo matrimonio el 27 de julio de 1963, se desempeñó como Notario Primero del Círculo de Pereira, en forma continúa desde el 23 de septiembre de 1974 hasta el día de su fallecimiento acaecido el 27 de diciembre de 1987; por tal razón, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento *post mortem* de la pensión de jubilación y la correspondiente sustitución pensional a su favor, petición que fue negada mediante los actos acusados, no obstante que el causante cotizó a la Caja los aportes necesarios para efectos de pago de prestaciones sociales, en forma continúa desde septiembre de 1974 hasta la fecha de su óbito, aún durante el tiempo en que disfrutó de licencias no remuneradas, durante los cuales era reemplazado por el Secretario de la Notaria.

Cita como normas violadas los artículos 17, 20 y 62 de la Constitución Política de 1886, 1o. y 7o. del Decreto 059 de 1957, 11 y 14 de la ley 1a. de 1962, 8o., 14 literal h) y 39 del Decreto 3135 de 1968, 43 y 68 del Decreto 1848 de 1969, 1o. de la Ley 33 de 1973, 1o. de la Ley 12 de 1975, adicionado por el art. 1o. de la ley 113 de 1985. 2o., 5o., 8o. y 44 del Decreto 1045 de 1978, aduciendo, fundamentalmente, que de acuerdo con la normatividad mencionada, los notarios, en su calidad de empleados públicos, tienen derecho a disfrutar de quince (15) días hábiles de vacaciones por año de servicios, según se desprende también del art. 11 de la ley 1a. de 1962, que consagra ese derecho a favor de los empleados de las notarías y oficinas de registro sin distingo alguno, además, que si no se aceptara la aplicación de esa norma a favor de los notarios, éstos, indudablemente, estarían bajo la égida de la normatividad aplicable a los

empleados públicos del orden nacional, que establece que por cada año de servicios, dichos servidores tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones.

Agrega, que como la Superintendencia de Notariado y Registro no les concede vacaciones a los notarios, sino que les otorga licencia para separarse del cargo temporalmente, pero continuando la función notarial bajo su responsabilidad directa y con los correspondientes aportes para la entidad de previsión social, "no queda otra alternativa, para no hacer nugatorio **el derecho a vacaciones** consagrado en las normas pertinentes, que incluir dentro de las licencias temporales el tiempo que corresponda a los 15 días hábiles de vacaciones de cada año, y por lo mismo, **DEBERA SER TENIDO EN CUENTA PARA EL TIEMPO TOTAL DE SERVICIOS PRESTADOS** al Estado, y no descontarse dentro de tal tiempo de servicios las licencias temporales, en lo que tiene que ver con el período vacacional correspondiente en cada una de dichas licencias", y continúa la demandante, que como en su caso, "la Caja Nacional de Previsión reconoce en la Resolución No. 7908 de fecha Diciembre 28 de 1990 un período efectivo de servicios prestados como Notario de 11 años, 7 meses y 24 días, no teniéndole en cuenta por interrupciones en el servicio prestado, un (1) año, 7 meses y 10 días, y como de acuerdo con lo antes dicho, dentro de dichas interrupciones deben considerarse los 15 días hábiles de vacaciones anuales que tendrán que tomarse como no descontables, nos encontraremos que frente al tiempo efectivamente reconocido como laborado, repetimos, 11 años, 7 meses y 24 días, le corresponderían proporcionalmente 174 días por concepto de vacaciones, con lo cual completaría y rebasaría ampliamente los 20 años de servicio al Estado para tener derecho a la pensión de jubilación el causante, y el subsecuente derecho a la sustitución pensional por parte de los actores." (fl.35)

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento, tras precisar que los notarios tienen derecho a la pensión de jubilación, cuando reúnan los requisitos de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, pudiendo agregar a los servicios como notarios el tiempo laborado en otros empleos oficiales, negó el reconocimiento *post mortem* de esa prestación al señor Guillermo Pardo Sanz, por cuanto no alcanzó a completar veinte (20) años de servicios a entidades oficiales, ya que no pueden contabilizarse como tal, los períodos en que disfrutó de licencias ordinarias pues son lapsos no computables como tiempo de servicio, salvo los casos taxativamente señalados en el parágrafo del art. 107 del Decreto 2148 de 1983, aunque durante ese tiempo -licencias ordinarias- hubieran cotizado a CAJANAL, toda vez que lo que se exige para efecto de reconocer la pensión de jubilación, es el tiempo de servicio a entidades oficiales y no de cotización a Cajas de Previsión Social

y como la licencia, según voces del art. 105 del Decreto 2148 de 1982, implica separación en el ejercicio del cargo, no es del caso computar el tiempo en que el de cujus disfrutó de licencia ordinaria.

Agrega también el fallador que no procede descontar del tiempo en que el señor Pardo Sanz disfrutó de licencia ordinaria, el correspondiente a 15 días de vacaciones por cada año en que se desempeñó como notario, porque si bien el art. 1o. de la ley 1a. de 1962, dispone que los empleados de las notarías y oficinas de registro tienen derecho a 15 días de vacaciones por cada año de servicios, la expresión "empleados de las notarías" no comprende a los notarios, sino al personal que éstos contraten para ejecutar las labores del despacho, cuyos salarios son pagados de las sumas que aquellos perciben del público.

Igualmente, el *a-quo* indica que los notarios carecen del derecho a vacaciones establecido en el Decreto 3135 de 1968, pues "así lo corrobora la práctica de varios decenios en el sentido de que los notarios carecen de la prestación social de vacaciones. Este último argumento debe apreciarse con las limitaciones de ser una aplicación práctica de la ley. No existiendo para los notarios la prestación de las vacaciones, no puede hablarse que ese derecho haya sido vulnerado por los actos impugnados." (fl. 99)

Finalmente aduce, que aún admitiendo que dichos funcionarios tengan derecho a vacaciones, ello no significaría que los actos acusados se hallen viciados de nulidad, por no sumar 15 días por cada año de servicio, porque " las licencias ordinarias no podrían considerarse como prestación social de vacaciones que son un descanso remunerado que tienen como presupuesto haber laborado el término de ley, mientras aquéllas no lo son. Tan solo quedaría, pero con absoluta independencia del derecho a jubilación, la posibilidad de reclamar su compensación en dinero con las limitaciones que impondría la prescripción; porque, se repite, el tiempo efectivamente laborado no alcanzó a los veinte (20) años calendario (7.200 días) exigidos por la normatividad." (fl. 99)

EL RECURSO

En primer término la apelante señala, que el libelo contiene una indicación suscinta de la violación de los preceptos constitucionales invocados como transgredidos, y luego precisa que lo que se alega en el *sub-lite* es que al contabilizar los veinte (20) años de servicios a efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, no se deben descontar los días de vacaciones a que tuvo derecho el funcionario a razón de 15 días hábiles por cada año de servicio (18 efectivos, aproximadamente), pues los veinte (20) años de servicio exigidos legalmente a ese propósito, "no son un tiempo efectivamente laborado, sino que

en ellos se incluyen los días de vacaciones en los cuales, como es apenas obvio, no se prestó ningún servicio personal, o sea, no se trabajó." (Fl 102)

Por lo tanto concluye, que si el señor PARDO SANZ durante todo el tiempo servido como Notario del Círculo de Pereira, no disfrutó de vacaciones, sino de licencias ordinarias que eran el equivalente de aquellas, es apenas obvio pretender ahora que para efectos de completar el tiempo de servicios, se consideren como vacaciones, 15 días hábiles dentro de cada uno de los períodos en que las mismas se causaron.

Igualmente la recurrente cuestiona el fallo por el alcance que otorgó a la expresión "empleados de las notarías", utilizado en la Ley 1a. de 1962, ya que si el legislador no distinguió entre el notario y los demás empleados, al emplear ese término genérico para señalar que ese personal tiene derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones remunerados por cada año completo de servicios, ha de entenderse como empleados de notarías, a todos quienes en ellas laboren, incluido el notario.

Insiste además, en que jurisprudencialmente se ha sostenido que los registradores y notarios quedan cobijados por las normas del Decreto 3135 de 1968 a efecto de delimitar el valor de las pensiones y que la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 22 de octubre de 1981, precisó que los notarios como empleados públicos que son, gozan de las prestaciones sociales correspondientes, incluyendo la pensión de jubilación. Consiguientemente y en el evento de que se estime que lo normado en el art. 11 de la ley 1a. de 1962 no es aplicable a dichos funcionarios, debe admitirse que lo regulado en relación con las vacaciones de los empleados públicos en general en el citado decreto, le es aplicable, pues repugnaría a la lógica jurídica, que existiera una categoría de empleados públicos exentos de la prestación de quince (15) días hábiles de vacaciones por año de servicios.

Critica también la sentencia, por cuanto en ella se dice que la práctica de varios decenios, enseña que los notarios carecen de la prestación social de vacaciones, porque tal práxis, no puede prevalecer sobre lo reglado legislativamente, ya que la costumbre contra *legem*, no puede ser tomada en lugar de la ley.

La Procuradora Judicial Novena ante el Consejo de Estado, se abstuvo de emitir concepto en relación con el presente negocio.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Mediante Resolución No. 10924 de 1o. de noviembre de 1989, la Caja Nacional de Previsión Social negó el reconocimiento *post mortem* al señor Guillermo Pardo Saenz (sic) y, consiguientemente, la solicitud de sustitución de esa prestación a favor de la demandante, en virtud de que estimó que el causante sólo había prestado sus servicios en entidades oficiales durante 17 años, 10 meses y 26 días, vale decir, porque no reunió el requisito de 20 años de servicios en instituciones públicas, exigido por la preceptiva jurídica aplicable en esta materia (fol. 677 cdno. No. 2), acto administrativo que fue confirmado por la resolución No. 005102 de 30 de mayo de 1988 (fls. 12 y 13 *Ibídem*).

Esta decisión se mantuvo en la Resolución No. 7908 de 28 de diciembre de 1988, expedida por el Director de CAJANAL, por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte actora. Sin embargo, se modifica el tiempo de servicios a organismos oficiales prestados por el señor Pardo Sanz, toda vez que el tiempo en que laboró al Departamento de Caldas como diputado de la asamblea de esa entidad territorial y aquél durante el cual se desempeñó como Representante a la Cámara, se liquidó en la forma prevista en el art. 9o. de la Ley 48 de 1962, arrojando un total de tiempo servido a instituciones oficiales de 19 años, 7 meses y 24 días, lo que motivó la confirmación de la negativa del reconocimiento de la pensión de jubilación *post mortem* al mencionado señor (por no haber cumplido 20 años de servicios), y su sustitución a la demandante. (fls. 22 a 24 Cdno.No. 2)

La inconformidad de la actora con la liquidación del tiempo de servicio efectuada en la citada resolución, obedece a que, en su concepto, no procede descontar como año servido, el total del tiempo que le fue concedido al señor Pardo Sanz como licencia ordinaria -1 año -7 meses-10 días-, en virtud de que de conformidad con el ordenamiento jurídico, el de *cujus* tenía derecho a 15 días hábiles de vacaciones por cada año de servicios como notario, y como ellas no le fueron concedidas lo indicado es descontar del tiempo que se le otorgó como licencias ordinarias, el número de días en que, según la ley, debería haber disfrutado de vacaciones durante cada uno de los 11 años y fracción en que laboró como Notario Primero del Círculo de Pereira.

Es incuestionable que tanto jurisprudencialmente como la legislación positiva colombiana, otorga a los notarios la condición de empleados públicos y como tales, gozan de las prestaciones sociales correspondientes, incluyendo la pensión de jubilación, en los términos en que las consagran las normas legales a favor de los servidores oficiales de carácter nacional, vale decir, que pueden acceder a ellas cuando hayan servido veinte años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de cincuenta y cinco (55) años, en un monto equivalente al

75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios (Ley 33 de 1985).

Muestran los autos que el señor Guillermo Pardo Sanz se desempeñó durante más de un decenio como Notario Primero del Círculo de Pereira, mas al efectuar la liquidación de servicios oficiales, se encontró que no alcanzó a laborar los veinte años exigidos por el ordenamiento jurídico para acceder a la pensión de jubilación, pues aunque su vinculación laboral como notario se prolongó desde el 23 de septiembre de 1974 hasta el día de su fallecimiento acaecido el 28 de diciembre de 1987, su tiempo de servicios sólo fue de 11 años, 7 meses y 24 días, debido a que, según se desprende del documento visible a folios 11 a 14 del Cdno. No. 1, permaneció en licencias ordinarias durante un (1) año, 7 meses y 10 días, situación administrativa, que se caracteriza, esencialmente, por el desprendimiento del empleado de sus funciones habituales, esto es, por la no prestación del servicio propio del cargo.

Por esta razón, el tiempo en que el empleado goza de licencia ordinaria, sea éste notario o desempeñe cualquier otro cargo, no puede legalmente computarse como de servicio. Y, en relación con los notarios, el parágrafo del art. 107 del Decreto 2148 de 1983, expresamente prescribe que el tiempo de las licencias ordinarias concedidas a esos funcionarios públicos y que se hallan regulados por lo que en él prescribe, no es computable como tiempo de servicio, salvo cuando se otorguen para el concurso de ingreso a la carrera notarial,en cuanto no excedan de 15 días en cada año, o en caso de que la licencia se haya concedido para asistir a foros, seminarios nacionales o internacionales relacionados exclusivamente con la actividad notarial, por los días que comprenda el evento más uno de ida y otro de regreso.

Pues bien, en el caso *sub-examine*, la parte actora no acreditó que alguno o algunos de los períodos de licencia ordinarias, concedidos al señor Guillermo Pardo Sanz, en el interregno entre su posesión como notario y su deceso, lo hubiera sido para desarrollar algunos de los cometidos a que hace referencia el parágrafo del art. 107 del Decreto mencionado. De modo, que obró correctamente la Caja Nacional de Previsión Social, cuando se abstuvo de contabilizar como de servicio, el tiempo que el de *cujus* permaneció en licencia ordinaria. Si no lo hubiera hecho así, obviamente habría incurrido en la transgresión de dicho precepto.

De otra parte, no es viable atender los planteamientos de la actora, en el sentido de que como el causante cotizó a la Caja durante un lapso superior a los veinte años (hecho que tampoco se probó), pues lo hizo aún encontrándose en licencia ordinaria, debe aceptarse que cumplió con el requisito de la edad a efecto de acceder a la pensión de jubilación,por cuanto las disposiciones legales

que gobiernan lo relacionado con esta prestación social, señalan expresamente que para tales efectos se requiere además de cierta edad, haber laborado (trabajado) durante veinte años en entidades oficiales. En ningún momento establecen como requisito el haber cotizado durante veinte años a Cajas de Previsión Social.

Tampoco procede, como lo reclama la demandante, descontar del total de días en que el señor Pardo Sanz disfrutó de licencia ordinaria y así tenerlos como laborados por él, aquellos que, según su criterio, debieron reconocérsela como de vacaciones durante todo el lapso en que se desempeñó como notario, pues no existe norma legal que autorice hacerlo.

De acuerdo con lo expuesto, fuerza concluir que los actos acusados se ajustan a derecho y, por ende, procede la confirmación de la sentencia apelada denegatoria de las pretensiones de su nulidad y del consiguiente restablecimiento del derecho.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 12 de febrero de 1991 del Tribunal Administrativo de Risaralda, recaída en el proceso incoado por BETTY DIANA HERNANDEZ DE PARDO en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad, JUAN GUILLERMO PARDO HERNANDEZ contra la Caja Nacional de Previsión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente*; Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

PETICION DE OPORTUNIDAD / DERECHO DE IGUALDAD / TERMINOS PROCESALES - Cumplimiento

La petición de oportunidad establecida en el artículo 43 del Decreto 2651 de 1991, en aquellos casos en que existen procesos anteriores en el orden de ingreso al Despacho para fallo, quebranta los artículos 13 y 226 de la Constitución Política.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Referencia: Expediente No 7813 Autoridades Departamentales Apelación Sentencia. Actor: MANUEL SANCHEZ.

En memorial que antecede, la parte demandante solicita se dicte fallo de fondo o sentencia con prelación a los demás asuntos pendientes en el Despacho.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1- El Código de Procedimiento Civil (artículo 37 numeral 6°) estableció la obligación para el juez de resolver los procesos en "el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada."

2- El Decreto Extraordinario 1888 de 1989 consagró como falta contra la eficacia de la administración de justicia (artículo 9° literal h) el incumplimiento de dicha obligación.

3- El artículo 43 de Decreto Ley 2651, reitera la obligación de resolver en estricto orden pero a continuación la hace inoperante porque da oportunidad

a las partes para que, estando vencido el término legal para proferir sentencia, soliciten que sea dictada con prelación de los demás asuntos pendientes en el despacho.

4- El artículo 13 de la Constitución Nacional establece como derecho fundamental la igualdad ante la ley y el 228 dispone que los términos procesales deben observarse con diligencia y sanciona su incumplimiento.

5° El orden para decidir los procesos, que hace parte de lo que se entiende por términos procesales, busca la imparcialidad de la decisión y garantiza la igualdad de las partes ante la ley procesal.

De todo lo puntualizado, resulta que la petición de oportunidad establecida en el artículo 43 del Decreto 2651 de 1991, en aquellos casos en que existen procesos anteriores en el orden de ingreso al Despacho para fallo, quebranta los artículos 13 y 228 de la Constitución Política y por ello es deber de este Despacho en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 4o. de la Carta, no darle aplicación.

En mérito de lo expuesto y teniendo en cuenta que el presente proceso entró al Despacho para fallo el 30 de Abril de 1993 y que existen procesos en turno desde el 17 de enero de 1992,

D E C I D E:

DENIEGASE la petición de oportunidad formulada.

Notifíquese.

Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE / PERIODO DE PRUEBA / ESTABILIDAD- Improcedencia

Es incuestionable que la disposición estatutaria que aplicó el Tribunal no tiene el alcance que éste le dio porque lo que dispone el artículo 20 del Acuerdo No. 05 de 1974 es que el período de prueba para los "profesores a contrato o por nombramiento" será de un (1) año. Mas no que el simple hecho de encontrarse en período de prueba genere estabilidad; ni mucho menos que durante el primer año por ser de período de prueba, no se pueda remover al respectivo profesor. Por lo contrario, lo que las disposiciones estatutarias preveían era que transcurrido el período de prueba de un (1) año, el profesor escalafonado tenía vocación de permanencia. Y lo que el artículo 97 del Decreto 80 de 1980 consagró es que transcurrido un (1) año, los docentes de tiempo completo y tiempo parcial que solicitan y obtengan su ingreso al escalafón, dejan de ser de libre nombramiento y remoción. O sea, que pasan a disfrutar de un régimen de estabilidad relativa.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente N° 3039. Recurso de Anulación. Actor: UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación propuesto por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia contra la sentencia del 10

de agosto de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso de Héctor Julio Ruíz Gutiérrez.

ANTECEDENTES:

Por demanda que se presentó el 28 de julio de 1980 (fl.9 cdno.2) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y luego enviada por competencia al Tribunal Administrativo de Boyacá, se pidió la nulidad y el restablecimiento del derecho respecto de las resoluciones números 171 del 24 de marzo de 1980 y 264 del 28 de abril de 1980 expedidas por el Rector de la Universidad recurrente, proceso que culminó con la sentencia que accedió a lo pedido y dispuso el pago de los derechos económicos correspondientes al que consideré período de estabilidad del docente demandante, sin atender al reintegro.

La demanda:

La Universidad a través del recurso acusa la sentencia del Tribunal "de ser violatoria de la ley sustancial por infracción directa, consistente en no haber aplicado el artículo 97 del Decreto 80 de 1980, siendo del caso haberlo hecho", el cual transcribe y al desarrollar el cargo refiere que el Tribunal aplica al caso indebidamente el artículo 20 del Acuerdo 05 de 1974, lo cual le lleva a determinar que la mencionada norma confería al docente el derecho a permanecer en el cargo por el término del año allí señalado, pues necesariamente, dice el Tribunal, queda amparado con un fuero especial de estabilidad (fl. 7), y, prosigue el *libelo*, si se hubiera aplicado el artículo 97 del Decreto 80 de 1980 necesariamente habría determinado el Tribunal, la diafanidad de esta norma cuando dice que los docentes son de libre nombramiento y remoción durante el período del primer año de nombramiento (fl.8).

A renglón seguido el libelista rebate el aserto del fallo según el cual la prescindencia de los servicios del docente estaba sometida al régimen de los artículos 24 y 26 del citado acuerdo, desatino que en opinión del recurrente impone desconocer la vigencia del Decreto Ley 80 de 1980, que priva de eficacia a las normas reglamentarias estudiadas por el Tribunal, derogadas por la vigencia de la memorada ley.

La actuación:

Admitido el recurso y una vez constatado el deceso del demandante (fl. 63) se emplazó a sus sucesores (fls. 67-68) y ante su incomparecencia se les proveyó de *curador ad litem* (fls.71-76) pero no respondieron al *libelo*. Tampoco el Ministerio Público intervino.

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

La demanda le formula un sólo cargo a la sentencia recurrida, consistente en ser violatoria de la ley sustancial por infracción directa, en cuanto dejó de aplicar el artículo 97 del Decreto 80 de 1980, "siendo del caso hacerlo".

Esta norma dispuso lo siguiente:

> "Los docentes de tiempo completo y tiempo parcial están amparados por el régimen especial previsto en este Decreto y, aunque son empleados públicos, no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período de un año establecido en el artículo 109 de este Decreto, cuando se trata de un primer nombramiento en la institución".
>
> "El desempeño de la docencia de tiempo parcial no es, por este solo hecho, incompatible con el ejercicio profesional, con el desempeño de otros empleos públicos de tiempo parcial, ni con la celebración de contratos con el Estado. Sin embargo, no se podrá contratar con la institución a la que dicho docente se encuentra vinculado".

La recurrente señala en su escrito que el decreto en comento entró a regir el 22 de enero de 1980, según lo previsto en su artículo 194; así mismo, que este estatuto organizó el sistema de Educación Pos-Secundaria o superior y define los principios y fija las normas que lo regulan. De igual manera plantea que en los términos fijados por él es ostensible que los docentes no tienen ningún fuero de estabilidad durante el primer año posterior a su nombramiento; esto es, que son empleados de libre nombramiento y remoción.

Arguye que como el Tribunal Administrativo de Boyacá aplicó el Acuerdo No. 026 de 1964, proferido por la - -Universidad, y no el artículo 97 del Decreto 80 de 1980, violó de manera directa, por falta de aplicación, esta última disposición.

Como consecuencia, pide se anule parcialmente la sentencia acusada; y en su lugar, que la absuelva.

Pues bien; no cabe duda de que el Decreto 80 de 1980 es una disposición de rango superior a las estatutarias del Acuerdo N° 26 de 1964 (Artículos 24 y 26), que tuvo en cuenta y aplicó el Tribunal para desatar la *litis*.

Fuera de esto, hay que reparar en que el artículo 194 de dicho ordenamiento derogó todas las disposiciones que le fueran contrarías; y es evidente que una disposición estatutaria o reglamentaria que contemple una

vocación de estabilidad anterior al primer año de servicios del docente escalafonado iría en contravía de lo dispuesto en esa normatividad superior.

En consecuencia, fuerza concluir que la sentencia violó la ley sustancial en la modalidad de infracción directa, por falta de aplicación del artículo 97 del Decreto N° 80 de 1980; por consiguiente, habrá de anularse.

FALLO DE INSTANCIA

Del análisis que antecede se desprende que la decisión de instancia deberá serle negativa o desfavorable a la parte actora.

En efecto, es incuestionable que la disposición estatutaria que aplicó el Tribunal no tiene el alcance que éste le dio porque lo que dispone el artículo 20 del Acuerdo N° 05 de 1974 es que el período de prueba para los "profesores a contrato o por nombramiento" será de un (1) año. Mas no que el simple hecho de encontrarse en período de prueba genere estabilidad; ni mucho menos que durante el primer año, por ser de período de prueba, no se pueda remover al respectivo profesor.

Por el contrario, lo que las disposiciones estatutarias preveían era que transcurrido el período de prueba de un (1) año, el profesor escalafonado tenía vocación de permanencia. Y lo que el artículo 97 del Decreto 80 de 1980 consagró es que transcurrido un (1) año, los docentes de tiempo completo y tiempo parcial que soliciten y obtengan su ingreso al escalafón, dejan de ser de libre nombramiento y remoción. o sea, que pasan a disfrutar de un régimen de estabilidad relativa.

Así las cosas, resulta claro que las pretensiones de la demanda ordinaria no tenían vocación de prosperidad y por ende, no debió accederse, ni siquiera parcialmente, a sus pedimentos.

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 :

Anúlase la sentencia proferida el diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987) por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso promovido por HECTOR JULIO RUIZ GUTIERREZ contra la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

SECCION SEGUNDA

En sede de instancia, niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y remítase el Expediente al Tribunal de Origen.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión del día catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA - Improcedencia / DESVIACION DE PODER / MOVIL POLITICO

De las pruebas que se analizan deduce la Sala que, efectivamente, la remoción de la actora tuvo una intención torcida, reñida con el buen servicio público, conducta que conlleva una transgresión de los postulados nobles y altruistas que deben guiar el ejercicio de la función nominadora. De otro lado, tampoco encuentra la Sala que la parte demandada haya recabado y probado aspectos negativos atinentes a la demandante, que pudiesen servirle de apoyo - al menos indirecto- a la remoción de ésta. Así mismo, no existe evidencia alguna de que su empleo pudiese catalogarse como de aquéllos que la doctrina denomina "la cúpula". De esos indicios, entonces se desprende que la desvinculación de la actora no se produjo por razones del buen servicio, sino todo lo contrario, por motivaciones que nada tienen que ver con esa teleología.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente N° 4789 Apelación Sentencia. Actor: LADDY MARIA GONZALEZ SEVILLANO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora y el Fiscal Primero del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, contra la sentencia del 21 de septiembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por LADDY MARIA GONZALEZ SEVILLANO en

acción de restablecimiento del derecho contra el Municipio de Santiago de Cali.

ANTECEDENTES:

1. Mediante demanda presentada al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fls. 46-66), posteriormente adicionada (fls. 7879), solicitó la parte actora la nulidad de la Resolución N° 023 de enero 30 de 1987 expedida por el Tesorero Municipal de Cali por la que declaró insubsistente el nombramiento de Laddy María González Sevillano del cargo de Jefe de Unidad Financiera.

A título de restablecimiento se pide el reintegro al cargo, que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría así como el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo.

Como fundamento del *petitum* se alega básicamente que la demandante luego de trabajar varios años en la Administración Municipal, fué retirada del servicio por motivos políticos a raiz de un pacto suscrito por varios Concejales el 23 de septiembre de 1986, por el que se repartieron las posiciones o cargos de la Tesorería del Municipio al igual que de otras dependencias.

En la demanda se señalan como disposiciones violadas los artículos 16, 17 y 20 de la Constitución Política anterior, los artículos 139, 295 y 296 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) y el artículo 36 del C.C.A. y se alega la desviación de poder por los motivos mencionados al expedirse el acto acusado.

2. La Entidad demandada propuso dos excepciones que denominó Ineptitud Sustantiva de la Demanda y Carencia de Derecho Sustancial. (Fls. 72-74).

3. El Tribunal al resolver la controversia negó las súplicas de la demanda pues consideró que no se daban los elementos probatorios que llevaran al convencimiento de que la Administración hubiera obrado con fines políticos.

Sobre el particular, dice el *a-quo* que el documento que contiene el convenio o acuerdo partidista emana de terceros y que para estimarse como prueba debe reunir los requisitos del artículo 277 del C.P.C., aspecto que no fue tenido en cuenta en el proceso. De otros documentos privados aducidos a los autos sostiene igualmente que no se ajustaron a las previsiones de la ley. En fin, respecto de las declaraciones recibidas por los señores Miguel Humberto Girata Lozano y Francisco Javier Murgueitio Restrepo, señala que "simplemente son suposiciones basadas en comentarios habidos por otros

concejales, que según los declarantes han sostenido charlas con ellos" (fl. 142). De las recibidas a los funcionarios de la Tesorería hace notar que "manifiestan sobre la buena marcha en el cargo de la persona que reemplazó a la accionante, o sea el Doctor Santiago Humg Duque, quien es titulado en Economía y que ha tenido experiencia en Entidades Bancarias y Financieras 11 (fl. 142)

4. Al sustentar el recurso interpuesto, la Fiscalía del Tribunal estima que la desvinculación de la actora tiene un marcado matiz político" (fl 149). A iguales conclusiones llega la parte demandante luego de hacer un estudio de las pruebas recaudadas (fls. 150-158).

5. La Fiscalía Quinta de esta Corporación en su concepto de fondo considera que debe confirmase la sentencia apelada (fls. 163-167).

Tramitado el proceso y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer lugar, cabe observar que las excepciones propuestas no aparecen probadas. Con respecto a la primera que la parte demandada denomina Ineptitud Sustantiva de la Demanda y que hace consistir en que la actora no acredita causa legal para demandar el acto ni lo hace en forma, debe anotarse que al contrario de lo que se sostiene, es motivo de la acción y fundamento de ésta, la declaración de insubsistencia que la desvinculó de la Administración luego de algunos años de servicio y en consecuencia, tiene la accionante legitimación para impugnar el acto en defensa de sus intereses. De otro lado, a focos 46-66 la demanda presenta la fundamentación jurídica en forma que satisface las exigencias legales.

En cuanto a la segunda, Carencia de Derecho Sustancial por ser empleada de libre nombramiento y remoción, tal aspecto no constituye impedimento alguno para demandar la nulidad del acto y es precisamente el objeto de la controversia en cuanto al respecto se alegan motivos de orden político para proferirse éste, no propiamente el buen servicio publico que debe ser el fin que determina el actuar de la Administración.

Viniendo luego al fondo del asunto, se plantea en el *sub-lite*, como atrás se hizo notar, la desviación de poder por los motivos enunciados, la cual será materia de estudio de la Sala en cuanto constituye motivo para anular el acto. Al efecto se aducen al proceso varias pruebas con las que se pretende demostrar el hecho, respecto de las cuales se procede a su valoración jurídica.

SECCION SEGUNDA

Obra en autos el pacto suscrito el 23 de septiembre de 1986 (fls. 1517), documento suscrito por varios concejales del municipio en el que se señalan las bases del reparto de los cargos burocráticos en varias dependencias.

Las declaraciones recibidas en el proceso, merecen la credibilidad de la Sala, en especial las rendidas por los señores Miguel Humberto Girata Lozano y Francisco Javier Murgueito Restrepo, quienes manifiestan que son concejales del municipio y que la desvinculación de la actora se debió a un compromiso político por el que la Tesorería correspondió al Movimiento de Acción Social en el que milita el Tesorero.

Según lo afirmado en la demanda (fl. 49) y la relación de los acontecimiento que los testigos exponen en sus declaraciones, pertenecen a un definido grupo partidista que fue excluído del pacto político suscrito por otros sectores. Dada su calidad mencionada y la claridad de sus declaraciones, así como las razones en que se fundamentan, no cabe duda de los móviles de la Administración al proferir el acto.

En efecto, Miguel Humberto Girata Lozano refiere cómo la desvinculación se produjo en cumplimiento de los compromisos adquiridos. Al respecto manifiesta:

> "La desvinculación de la Dra. González se cumplió en desarrollo de un compromiso político mediante el cual esa depenciencia municipal le correspondió al Movimiento de Acción Social quien propuso el nombre del Tesorero Rafael Angel Díaz en el mes de noviembre de 1986, esa coalición la conformaron los grupos Holmista, Romerista, Londoñista y parte del Nuevo Liberalismo por el Partido Liberal, los grupos Holguinista y Humbertista 1) por el Partido Conservador y el Movimiento de Acción Social, constituyendo una mayoría de 13 Concejales situación que les permitía elegir los funcionarios de las dependencias, dependientes del Concejo" (fl. 98).

Señala luego que el citado pacto entregó la Tesorería al Movimiento de Acción Social razón por la que se han presentado "chantajes" por miembros de ese movimiento quienes presionaban a los funcionarios para que se vincularan a su grupo porque de lo contrario serían destituídos de sus funciones. Sobre la demanda advierte que: "En el caso de la doctora González, dada la importancia de la posición que ella ocupaba fue declarada insubsistente con el único propósito de nombrar en ese cargo a un militante del citado grupo político" (fl. 98).

Francisco Javier Murgueitio Restrepo, es enfático en declarar el mismo propósito:

"Si claro la doctora González Sevillano fue declarada insubsistente de su cargo por motivos estrictamente políticos por cuanto su cargo el que ejercía en aquélla época formaba parte de un grupo de posiciones burócratas sujetas a un pacto firmado por un grupo de Concejales de la ciudad en la que se preveía el reparto de esas mismas posiciones de acuerdo con porcentaje y sueldos de esos mismos cargos. Como la doctora González Sevillano ocupaba una Jefatura de División y su cargo estaba incluído en dichos pactos fué declarada insubsistente para nombrar así en esa posición a un representante de uno de los grupos firmantes del pacto, en este caso un representante del denominado Movimiento de Acción Social en el cual milita casualmente el actual Tesorero Municipal de Cali. Es mas tengo entendido que en el caso de la doctora González Sevillano se tuvo demasiada prisa para declararla insubsistente por cuanto previamente a ser notificada de la Resolución de su insubsistencia fué llamada a reintegrarse a su cargo cuando gozaba de su período normal de vacaciones, y además de esto también tengo entendido que la doctora González fué declarada insubsistente teniendo pendiente una incapacidad médica. Hay una correlación directa entre el pacto político ya mencionado e inclusive reconocido públicamente en sesiones plenarias del Concejo por firmantes del mismo y la insubsistencia de su cargo de la doctora González Sevillano. No obró ni la posible ineficiencia de la doctora González, ni siquiera alguna falla de orden humano sino que obró en cumplimiento de acuerdos políticos en los que la doctora González por no ser militante de los grupos firmantes del pacto fue separada del cargo" (fl. 101).

Dice luego sobre la insubsistencia de funcionarios de la Tesorería:

"Con el señor Tesorero no tuve oportunidad de requerirlo sobre el caso de la doctora González pero a raíz de la insubsistencia en marzo de éste año del señor Pedro Escobar, funcionario de la Tesorería y declarado insubsistente en las mismas circunstancias, el señor Tesorero me dijo que él no sabrá hasta cuando tenía que proceder a este tipo de actos porque estaba sujeto a unos acuerdos que no podía garantizar la estabilidad de ningún funcionario del movimiento que represento. Con los Concejales del grupo que respalda al señor Tesorero actual y con los demás Concejales o allegados se conversó en muchas oportunidades sobre estos casos y siempre estaba por delante el léxico ya tradicional cuando ocurren estas cosas. "Hay que cumplir los pactos". "Necesitamos nuestras cuotas".

> "Hay que cumplir unos compromisos". Nunca se ha tenido en cuenta en estas insubsistencias ni el criterio de servicio a la comunidad ni la antigüedad en el cumplimiento de sus funciones de los funcionarios afectados ni muchos menos la situación humana y personal del funcionario declarado insubsistente y su familia. En las sesiones plenarias del Concejo a todo lo largo del año 87 y en lo que va de las del año 88 he tenido oportunidad de señalar este proceder incorrecto que solo trastornos le traerá al Municipio y aún ahora todavía se sigue esgrimiendo el argumento del pacto político para declarar insubsistente funcionario cuyo único posible error o pecado sea el de militar en un grupo determinado" (fl. 102).

Es de advertir que con relación a la elección del Tesorero, obra el Acta No. 19 del 21 de noviembre de 1986, que contiene la reunión celebrada en el Concejo con motivo de la elección de varios funcionarios. Al ir se da cuenta de la postulación del nombre por el Movimiento de Acción Social, cuyo texto es del siguiente tenor en lo pertinente:

> "interviene el **Honorable Concejal Humberto Pava**: para postular para el cargo de Tesorero Municipal en nombre del Movimiento de Acción Social al Dr. Rafael Angel Díaz Marín, con suplencia del Dr. Diego Fabio Astudillo, para el período que se inicia el 1o. de enero de 1987. Son nombrados escrutadores los Honorables Concejales Luis Fidel Moreno y César Augusto Duque. Verificado el escrutinio dió el siguiente resultado: 13 votos, igual al número de votantes por el Dr. Rafael Angel Díaz Marín como Tesorero y Diego Fabio Astudillo como Suplente. La Presidencia solicita a la Corporación declare legalmente elegidos los anteriores funcionarios y el Cabildo accede" (fl. 15 cuad. No 2).

De las pruebas que se analizan deduce la Sala que, efectivamente, la remoción de la actora tuvo una intención torcida, reñida con el buen servicio público, conducta que conlleva una transgresión de los postulados nobles y altruistas que deben guiar, el ejercicio de la función nominadora.

De otro lado, tampoco encuentra la Sala que la parte demandada haya recabado y probado aspectos negativos atinentes a la demandante, que pudiesen servirle de apoyo al menos indirecto, a la remoción de ésta. Así mismo, no existe evidencia alguna de que su empleo pudiese catalogarse como de aquéllos que la doctrina denomina "**de cúpula**".

De esos indicios, entonces, se desprende que la desvinculación de la actora González Sevillano no se produjo por razones del buen servicio, sino todo lo contrario, por motivaciones que nada tienen que ver con esa teleología.

En lo que hace con las pretensiones formuladas en la demanda respecto del pago del "valor de los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios y quirúrgicos en que hubiera incurrido durante su separación del cargo", como no fueron materia de comprobación dentro del proceso se despacharán desfavorablemente.

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 haya recibido el demandante del Tesoro Publico por servicios laborales a otras entidades Oficiales en el lapso del cual se refieren las mismas, porque considera que aquéllas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que genera la ilegalidad en que incurrió la Administración y no el de una segunda 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, por cuanto en los demás aspectos su pensamiento coincide plenamente con el de los de más Magistrados de la Sección.

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

FALLA:

Revócase la sentencia proferida el veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa (1990), por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. En su lugar, se dispone:

PRIMERO. Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 023 del 30 de enero de 1987, expedido por el señor Tesorero Municipal de Cali, mediante el cual declaró insubsistente en el cargo de Jefe de Unidad Financiera a la señora LADDY MARIA GONZALEZ SEVILLANO, identificada con la cédula de ciudadanía numero 31 212.138 de Cali.

SEGUNDO. Como consecuencia de ello, el Municipio de Cali, deberá reintegrar a la señora LADDY MARIA GONZALEZ SEVILLANO, al cargo que venía desempeñando al momento de su remoción en la Tesorería Municipal de Cali, o a otro de igual o superior jerarquía, y pagarle los salarios y prestaciones dejados de devengar mientras estuvo separada del servicio, con los aumentos y beneficios que tenga o haya tenido durante ese lapso.

TERCERO. Para todos los efectos laborales, declarase que no hay solución de continuidad en los servicios prestados por la señora LADDY

SECCION SEGUNDA

MARIA GONZALEZ SEVILLANO al Municipio de Cali, durante el lapso comprendido entre la fecha de su desvinculación y el reintegro correspondiente.

CUARTO. Al darle cumplimiento a esta sentencia, el Municipio de Cali descontará de las sumas que deba reconocerle y pagarle a la señora LADDY MARIA GONZALEZ SEVILLANO, las cantidades que haya devengado del Tesoro Público durante el mismo período y que sean incompatibles con aquéllas, en los términos señalados en el artículo 128 de la Constitución Nacional.

QUINTO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Comuníquese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedrza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION - Imprescriptibilidad / PRESTACIONES PERIODICAS / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/ CADUCIDAD - Improcedencia.

Como el derecho pensional es imprescriptible, cuando se ha negado en una oportunidad, es viable la presentación posterior de otra petición, y sobre la nueva fecha de respuesta, se debe comenzar a contar el término de caducidad de la acción. No hay prueba en el expediente de que el Fondo Prestacional del Magisterio hubiera respondido esta petición luego de transcurridos 7 meses contados entre la fecha de su entrega el 17 de marzo de 1989 y la fecha de presentación de la demanda el día 17 de octubre de 1989 ante el Tribunal, y por lo tanto se concluye que se produjo el silencio administrativo negativo, contra el cual no procedía recurso alguno según lo prescribía el artículo 1o. del Decreto 2304 de 1989, vigente en la fecha de presentación de la demanda. Tampoco había caducado la acción contenciosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá D.C., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente N° 5170. Actor: GUILLERMO ALBERTO REVELO OBANDO. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

GUILLERMO ALBERTO REVELO OBANDO, solicita se declare que tiene derecho a gozar de una pensión mensual de jubilación por haber

cumplido la edad y el tiempo de servicio y con cargo al FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO DE NARIÑO.

Expresa el actor que tiene más de 20 años de servicio y más de 50 años de edad y en tal forma se ajusta a los requisitos exigidos por la ley.

Señala que su solicitud junto con la documentación fue radicada en el Fondo Prestacional el día 16 de diciembre de 1989, obteniendo respuesta el 16 de diciembre en el sentido de que no cumplía con los requisitos para gozar de la pensión conforme a la ley 1848 de 1969, para referirse a las normas del orden nacional.

Agrega que posteriormente el 17 de marzo de 1989 presentó "reclamación gubernativa, solicitando un pronunciamiento eficaz y positivo, que se pronuncie sobre el derecho solicitado", sin que hubiera obtenido respuesta alguna motivo por el cual pide se declare el silencio administrativo negativo.

El Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, establecimiento público adscrito a la Gobernación, dio contestación a la demanda y se opuso a sus pretensiones por considerar que para el mes de diciembre de 1988 fecha de su pronunciamiento hoy demandado, esta entidad reconocía las pensiones de jubilación con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Agrega que el afiliado que solicite una prestación a dicho Fondo, debe someterse al orden cronológico de su presentación, y en cuanto al silencio administrativo negativo expresa que "es posible que él se haya configurado".

Posteriormente y en el mismo documento de contestación de la demanda señala que se opone a las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante no ha agotado la vía gubernativa y por lo tanto, el Tribunal debe inhibirse para conocer de las pretensiones de la demanda.

En el término del traslado para alegar de conclusión, el actor señala que conforme a la reforma prevista en el Decreto 2304 de 1989, el silencio administrativo negativo agota la vía gubernativa y contra el no procede recurso alguno y por lo tanto él obro adecuadamente.

Respecto de las pensiones de carácter departamental señala que éstas no se rigen por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 sino por la ley 6a. de 1945 según la cual la edad para la jubilación de dicho personal territorial es de 50 años como el propio Fondo aceptó en la contestación de la demanda y como lo ha sostenido el propio Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente 4186 de 7 de junio de 1980, cuyos apartes del fallo transcribe.

El Fiscal Tercero del Tribunal Administrativo solicita se denieguen las pretensiones del actor por estimar que al actor no le es aplicable el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 según el cual la pensión se puede obtener a la edad de 50 años y 20 de servicios, pues dicha norma fue modificada por el Decreto 3135 de 1968 que fijó dicha prestación una vez llegara el empleado a los 20 años de servicio y 55 años de edad, requisito este último que no acredita el actor.

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda por considerar que le asistía razón al Fondo ya que al pronunciarse sobre la solicitud de la pensión, el demandante no había acreditado tener el requisito de la edad, pues la Ley 33 de 1985 la había fijado en 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres.

El actor apeló el anterior fallo por estimar que con base en el fallo de 7 de junio de 1980, expediente 4186, proferido por el Consejo de Estado, un maestro departamental puede solicitar a su Departamento el reconocimiento de la pensión al cumplir 50 años de edad y 20 de servicios pues a ellos no les son aplicables los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Sustenta esta afirmación, con la transcripción de apartes de dicho fallo.

La **Fiscal Novena del Consejo de Estado** considera que debe revocarse el fallo apelado y en su lugar preferirse sentencia inhibitorio porque el actor no agotó la vía gubernativa, ya que el Secretario General del fondo decidió negativamente la petición al expresar que la pensión se reconocería cuando acreditara 55 años de edad y como contra esta decisión no se interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación ante el superior, no se abrió vía a la acción. Sobre el documento que el actor señala como aquél con el cual agotó la vía gubernativa, dijo la Fiscalía:

> "De otra parte, no puede entenderse que el memorial que en copia auténtica obra a folio 7 del cuaderno principal, sea el contentivo de los recursos, así en la referencia se lea "Reclamación gubernativa". Y no lo es, porque de aceptarse que el documento que obra a folio 6 del mismo cuaderno es un acto negativo expreso (La Fiscalía lo califica así), el resurso (sic) de reposición (potestativo) o el subsidiario de apelación (obligatorio), deberían haberse interpuesto en la forma y dentro del término de cinco (5)días a que hace referencia el artículo 51 del decreto 01 de 1984, vigente para entonces. Observa este despacho que el escrito que contiene la mal llamada "Reclamación gubernativa" fue presentado el 17 de marzo de 1989, en forma extemporánea. Y no contiene, en puridad de verdad, una sustentación del recurso, y menos aún, una solicitud de revocatoria del acto expreso, así se diga allí que se trata de "...elevar la siguiente petición gubernativa" (fl. 7 c.p.) (Subraya la Fiscalía). Se limita el peticionario a

volver a hacer la petición inicial, con apoyo en normas legales, que a su juicio, deben aplicarse".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Cómo el Fondo Prestacional del Magisterio de Empleados de la Educación de Nariño expresó que se oponía a las pretensiones del demandante por cuanto no se había agotado la vía gubernativa, y la Fiscal 9a. del Consejo de Estado en la misma forma expresa este criterio, y es bien claro que si no se ha agotado la vía gubernativa, esta jurisdicción carece de competencia para pronunciarse en el fondo sobre las súplicas de la demanda, deberá examinarse en primer término esta excepción.

2) Conviene señalar que existen dos documentos mediante los cuales se solicitó el otorgamiento de la pensión, y por lo tanto deben examinarse con el objeto de establecer si uno solo o ambos se acusaron con la demanda o si el segundo depende del primero e igualmente si se había o no producido la caducidad de la acción respecto de uno y otro.

3) El primer acto del Fondo de fecha 16 de enero de 1989, mediante el cual se negó por primera vez la pensión de jubilación, fue comunicado al demandante el 18 de enero de 1989, y no fue impugnado en la vía administrativa. Por lo tanto se concluye que para el 17 de octubre fecha de presentación de la demanda, si se piensa que esta negativa se demandó, ya habían transcurrido más de 4 meses, y por lo tanto, la acción respecto de este acto, ya había caducado. Sin embargo, en la demanda no se dice que este acto se impugna.

4) La segunda petición como lo advierte la propia Fiscalía de esta Corporación y de fecha 17 de marzo, el demandante vuelve a hacer la petición de pensión, la cual al no ser respondida por el Fondo luego de transcurridos 3 meses, se entendía negada, y por lo tanto, a partir del día 17 de junio empezaba a correr la caducidad para demandarla, término que vencía el 17 de octubre de 1989, fecha en que se presentó la demanda ante el Tribunal. Se reitera que esta petición por su contenido y fecha de presentación no constituye un recurso contra la negación de la solicitud de pensión del día 16 de enero de 1989 como se ha llegado a pensar.

5) Para ilustrar el contenido de estos documentos conviene transcribirlos en su parte pertinente:

a) Respuesta del Fondo Prestacional:

"Pasto, 16 de Enero de 1.989
Señor
GUILLERMO ALBERTO REVELO OBANDO
Calle 2OC # 12-56
BARRIO EL RECUERDO
PASTO (N)

Le informamos que su solicitud de pago de JUBILACION presentada en DICIEMBRE 16/88 no se la puede tramitar porque le faltan los siguientes documentos:

1. Según la ley 18-48/68, (sic) la edad requerida para jubilación es de 55 años, con la excepción para los hombres, que hasta 1.968, acredite (sic) 18 años de servicio, se jubilarán de 50 (sic) años de edad. Por lo tanto el peticionario adquiere el estatus exactamente el 11 de septiembre de 1.993.

NOTA: Tiene dos (2) meses a partir del recibo de la presente, para completar la documentación, caso contrario se entenderá que ha desistido de su petición.

FIRMADO:

SECRETARIA GENERAL

HECTOR MOLINA IBARRA
Secretario General." (se subraya)

c) Segunda petición del actor.

Reclamación gubernativa de la pensión de 17 de marzo de 1.989:

"Señores
FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO
E. S. D.
REF:Reclamación Gubernativa.

RICARDO MOSQUERA ROBBIN, abogado titulado, con T.P.N. 41898 de M. de J., conforme al poder que adjunto y actuando en nombre y representación del señor GUILLERMO ALBERTO REVELO OBANDO, mayor de edad vecino y residente de esta ciudad, con el fin de elevar la siguiente petición gubernativa:

SECCION SEGUNDA

PETICION:

Que se reconozca al señor GUILLERMO ALBERTO REVELO OBANDO, la Pensión de Jubilación, en calidad de educador oficial, por cumplimiento de los requisitos de Ley es decir, por tiempo superior a veinte (20) años y 50 años de edad de acuerdo con la documentación adjunta por mi poderdante.

"(...)"

SEGUNDO: El Fondo Prestacional del Magisterio comunicó al señor GUILLERMO ALBERTO REVELO OBANDO, por medio de oficio fechado el día dieciséis (16) de Enero de 1.989, que no tenía derecho al disfrute de su Pensión de Jubilación por no cumplir según el Fondo los requisitos de Ley.

TERCERO: Según sello de recibo la comunicación se certifica del día dieciocho (18) de Enero del presente año." (se subraya)

6) Esta nueva petición se estima procedente, pues se ha considerado que como el derecho pensional es imprescriptible, cuando se ha negado en una oportunidad, es viable la presentación posterior de otra petición, y sobre la nueva fecha de respuesta, se debe comenzar a contar el término de caducidad de la acción.

7) No hay prueba en el expediente de que el Fondo Prestacional del Magisterio hubiera respondido esta petición luego de transcurridos 7 meses contados entre la fecha de su entrega el 17 de marzo de 1989 y la fecha de presentación de la demanda el día 17 de octubre de 1989 ante el Tribunal, y por lo tanto se concluye que se produjo el silencio administrativo negativo, contra el cual no procedía recurso alguno según lo prescribía el artículo 1o. del Decreto 2304 de 1989, vigente en la fecha de presentación de la demanda.

Tampoco había caducado la acción contenciosa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

Por lo tanto, no está llamada a prosperar la excepción propuesta por el Fondo sobre falta de agotamiento de la vía gubernativa.

8) A partir de la vigencia de la ley 43 de 1975 el personal docente de primaria y secundaría departamental perdió su carácter de empleado territorial y adquirió el de nacionalizado, y sus prestaciones sociales y en especial el de la

pensión de jubilación pasaron a regirse por los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y leyes 33 de 1985 y 71 de 1988 entre otras, en reemplazo de la ley 6a. de 1945 y el D. 2127 del mismo año.

9) Sin embargo, a partir de la vigencia de la ley 91 de 1989, que lo fue el día 29 de diciembre de 1989, las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado causadas en esta fecha, se volvieron a regir por las normas vigentes antes de la nacionalización, esto es por lo dispuesto en la ley 6a. de 1945. De acuerdo con esta ley, el derecho a la pensión de jubilación se causaba con 20 años de servicio y 50 de edad, requisitos que reunía el actor el día 29 de diciembre de 1989, asistiéndole por lo tanto el derecho a la pensión de jubilación que solicitó el actor al Fondo Prestacional del Magisterio de Nariño.

Textualmente dice el inciso 2o. del parágrafo único del artículo 2o. de la ley 91 de 1989:

> "Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975." (se subraya)

En efecto, el docente Revelo Obando, para el 29 de diciembre de 1989, ya había cumplido los 50 años de edad conforme lo demuestra el registro de nacimiento, y había laborado durante más de 25 años al magisterio de Nariño, como lo certifica la Jefe de Grupo del Archivo General del Departamento, cumpliendo así los requisitos antes señalados.

Dijo esta Sala en el exp. 5072, actor CONSTANTINO GUISAO USUGA en sentencia de 24 de junio de 1993, con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas, al referirse a la ley 91 de 1989:

> "Esta ley que modifica la ley 43 de 1975, fue dictada para solucionar los conflictos de carácter prestacional de los docentes, originados como consecuencia del proceso de la nacionalización de la educación oficial primaria y secundaria y está vigente al momento de fallar, luego no puede ignorarse."

Y luego agrega:

> "O sea, que el actor llenaba las condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación, exigidas no por las ordenanzas del departamento,

sino por la ley 6a. de 1945, norma aplicable a los empleados departamentales y al personal docente nacionalizado, por disposición del parágrafo del artículo 2o. de la ley 91 ya transcrito." (se subraya).

Por consiguiente, como le asiste razón al actor en sus peticiones y el Tribunal las denegó, deberá revocarse la sentencia y en su lugar accederse a lo 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, en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

REVOCASE el fallo de 15 de junio de 1990 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño y en su lugar, **Declárase** el silencio administrativo en que incurrió el Fondo Prestacional del Magisterio de Nariño al no dar respuesta al actor a la solicitud de fecha 17 de marzo de 1989.

Como consecuencia de lo anterior y a manera de restablecimiento del derecho se ordena al Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, reconocer y pagar al señor Guillermo Alberto Revelo Obando identificado con la c.c. Nro. 5.194.365 de Pasto, una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la causación del derecho, que se hará efectiva desde la fecha en que hubiere cumplido los requisitos legales, salvo que hubiesen prescrito mesadas pensionales, caso en el cual se descontarán de la pensión reconocida las mesadas prescritas. Igualmente deberá reajustarse la pensión conforme a la ley.

El Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño descontará al señor Guillermo Alberto Revelo Obando cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, desde cuando se haga efectivo el pago de la pensión, salvo que se trate de emolumentos que por expresa autorización legal pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión de jubilación.

El Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el artículo 177 *ibídem.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION - Régimen Especial / EMPLEADO JUDICIAL / FUNCIONARIO JUDICIAL / REGIMEN ORDINARIO DE PENSION DE JUBILACION - Inaplicación

La pensión de jubilación para los empleados y funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público, según el art. 7 del decreto 546 de 1971 se liquidará en forma ordinaria establecida para los empleados de la rama administrativa del poder público, a menos que hubieren prestado sus servicios por los menos diez años a la rama jurisdiccional o al ministerio público o a ambas actividades, pues en estos casos, por disposición del art. 6 del mismo decreto, tienen derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación, mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios en las actividades citadas, lo cual constituye un régimen especial. Se equivocó por tanto el tribunal concluir que la pensión del régimen especial de la rama jurisdiccional y el ministerio público debe liquidarse sobre los factores salariales señalados en el art, 1 de la ley 62 de 1985, porque, repite la sala, esta norma es aplicable a la rama jurisdiccional y al ministerio público para la determinación de la base de liquidación de la pensión de régimen ordinario, pero no la de pensión de régimen especial.

PENSION DE JUBILACION - Liquidación / EMPLEADO OFICIAL / ULTIMO AÑO DE SERVICIOS / RAMA JUDICIAL - Servidores / MINISTERIO PUBLICO - Servidores.

La ley 33 de 1985 dispuso que la pensión de los empleados oficiales sería igual al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (art. 1) modificando así el art 27 del decreto 3135 de 1968 que disponía

que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Para el efecto señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes (art. 3) prescripción que luego fue modificada por el art. 1 de la ley 62 del mismo año, con lo cual quedó derogado el art. 45 del decreto 1045 de 1978, en cuanto a factores salariales para reconocimiento de pensión de jubilación. La ley 33 de 1985, sin embargo, dispuso que esta era una regla general que no se aplicaría a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. De manera que por virtud la ley 33 de 1985, los funcionarios y los empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público hoy tienen derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, a menos que por un lapso de diez años o más hubieren laborado en la rama jurisdiccional y o en el ministerio público, pues teniendo entonces esto un régimen especial, continúan en el derecho de disfrutar una pensión igual al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios en las citadas actividades.

ASIGNACION MENSUAL - Definición

Por asignación mensual debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual, sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios.

PENSION DE JUBILACION - Liquidación / FACTORES SALARIALES / PRIMA ESPECIAL - Exclusión / RAMA JUDICIAL - Régimen Aplicable / MINISTERIO PUBLICO - Régimen Aplicable.

El art. 12 del decreto 717 de 1978 señala algunos factores de salario para la rama jurisdiccional y el ministerio público, pero establece un principio general: que además "de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios" de manera que los factores allí señalados no pueden tomarse como una relación taxativa, pues de hacerlo quedaría sin significación el principio

general. Entonces, "la asignación mensual más elevada" para efecto de determinar la base de pensión de jubilación al régimen salarial de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos claro está, que se trate de un factor expresamente excluído por la ley, como la prima para jueces y magistrados de la rama y algunos funcionarios del ministerio público, creado por la ley 4 de 1992.

PENSION DE JUBILACION - Liquidación / FACTORES SALARIALES / PRIMA DE NAVIDAD / PRIMA DE SERVICIOS / PRIMA DE VACACIONES / PRIMA ASCENSIONAL / EMPLEADO JUDICIAL / FUNCIONARIO JUDICIAL MINISTERIO PUBLICO - Servidores.

Habiéndo probado la accionante que tenía derecho al régimen especial de pensión de jubilación establecido por la ley para la rama jurisdiccional y el ministerio público y que en la liquidación de esta prestación no se le tuvo en cuenta las primas de servicios de vacaciones y navidad que según el art. 12 del decreto 717 de 1978 son factor salarial, ni el valor total de la prima ascencional devengado, habrá lugar a acceder a las pretensiones de su demanda.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre mil de novecientos noventa y tres (1993)

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

Referencia: Expediente No 5244. APELACION SENTENCIA. Actor: MARIA NORA CIFUENTES RICO.

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de junio 22 de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por María Nora Cifuentes Rico contra la Caja Nacional de Previsión Social.

ANTECEDENTES:

La accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo pidió al Tribunal del conocimiento, lo siguiente:

> "1) Que se declare que por haber transcurrido un plazo de dos meses a partir de los días 15 y 16 de marzo del año en curso sin que se haya notificado decisión expresa sobre ello, debe entenderse que se produjo una decisión presunta negativa o acto ficto negativo, respecto de los recursos gubernativos interpuestos en aquellas fechas contra la Resolución No. 00378 de 10 de enero de 1989, emanada de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social."
>
> "2) Que se declare la nulidad parcial del acto complejo integrado por una Resolución No 00378 de 10 de enero de 1989, y la decisión presunta negativa que se produjo con relación a los recursos gubernativos formulados contra la citada Resolución, en cuanto para determinar las mesadas pensionales correspondientes a la Pensión Jubilatoria no fueron tenidos en cuenta todos los factores que constituyen salario, o que según la ley deben tenerse en cuenta para señalar el monto de las mesadas correspondientes a la Pensión de Jubilación."
>
> "3) Que, en consecuencia, se condene a la Caja Nacional de Previsión Social a reconocerle y pagarle la pensión de jubilacion, teniendo en cuenta como factores de salario: a) El sueldo mensual, b) la prima de antigüedad, c) la prima de servicios: d) la prima vacacional:f) la prima Ascensional, y los demás que consagre la ley devengados durante el último año de servicio, desde la fecha en que se haga exigible el derecho pensional, o sea desde el retiro del servicio, o LA SUMA QUE FINALMENTE DEMUESTRE."
>
> "A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos del artículo 176 del Decreto 01 de 1984." (fls- 38 y 39)

El Tribunal en el fallo apelado negó las súplicas de la demanda por considerar que a partir de la vigencia de las leyes 33 y 62 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados oficiales se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para cancelar los aportes a la respectiva Caja de Previsión, factores que esas mismas leyes señalan. Dice que como la demandante no citó como violado el artículo 3o de la ley 33 de 1985 modificado por la ley 62 del mismo año y por tener esta jurisdicción el carácter de rogada, el juzgador debe limitarse en el control de los actos a las normas y concepto de violación

expresados en la demanda y tales circunstancias no permiten que se afirme la violación del acto acusado por normas que no fueron invocadas.

Al sustentar el recurso, la apelante expresó su inconformidad con la sentencia recurrida argumentando lo siguiente: a) la demanda se fundamentó únicamente en el hecho de que la mesada pensional se determinó sin tener en cuenta todos los factores que constituyen salario o que según la ley deben tenerse en cuenta para señalar el monto de las mesada pensionales. b) Se demostró con las certificaciones correspondientes los factores que constituyen salario según el Decreto 717 de 1978, para los empleados de la rama judicial. Dicha norma no discrimina en el sentido de que tales factores se tendrán en cuenta sólo para liquidar cesantías y no pensiones de jubilación- c) Los factores para liquidar la pensión de jubilación de todos los empleados según el artículo 3o- de la ley 33 de 1985 no existen en la rama jurisdiccional y el Ministerio Público y por ello no podían citarse como normas violadas sino las disposiciones que establecen esos factores, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima ascensional, que deben tenerse en cuenta al liquidar la pensión de servidores de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público. d) El mayor motivo de inconformidad con el fallo radica en el hecho de admitir la sentencia que el artículo 1o. de la ley 62 de 1985 sustituyó el artículo 3o de la ley 33 del mismo año e incluyó factores salariales aplicables para la rama jurisdiccional y el Ministerio Público y se nieguen las pretensiones por la simple circunstancia de no haberse invocado en la demanda como contrariada la indicada disposición, lo que significa rendirle culto exagerado al carácter rogado de esta jurisdicción. (fls 71-73)

La Fiscalía Quinta de la Corporación conceptuó que los empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público tienen un régimen especial previsto en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978 modificado por el 911 de 1978, disposiciones que por ser especiales prevalecen sobre la general de la ley 62 de 1985; en consecuencia dice:

> "Los factores allí consignados deberían ser tomados por la Caja Nacional de Previsión como base para cancelar los aportes con el fin de ser incluidos en la pensión de jubilación por permitirlo el artículo 1o. inciso 3o de la ley 62 de 1985 que trajo como innovación que "las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Lo anterior significa según la señora Fiscal que si hay otros factores de salario distintos a los enumerados en el artículo 1o. de la ley 62 de 1985, como serían los creados para la rama jurisdiccional y el Ministerio Público podrían

computarse en la liquidación pensional si sobre ellos aporta a la Caja respectiva, por cuanto el artículo 1o. de la ley 33 de 1985 señala que la persona acreedora a la pensión de jubilación tiene derecho a un 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En consecuencia y en principio, la actora tendría derecho a que se le computara para la pensión la prima de servicios, siempre y cuando hubiere aportado por dicho concepto; sin embargo, de las certificaciones traídas al proceso, este evento no se deduce, lo que hace imposible que se acceda a las súplicas de la demanda. (fls. 80-85)

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

La pensión de jubilación para los funcionarios empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, según el artículo 7 del Decreto 546 de 1971 se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la rama administrativa del poder público, a menos que hubieren prestado sus servicios por lo menos diez años a la rama jurisdiccional o al ministerio público o a ambas actividades, pues en estos casos, por disposición del artículo 6 del mismo decreto, tienen derecho a una pensión equivalente al "75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios en las actividades citadas", lo cual constituye un régimen especial.

La ley 33 de 1985 dispuso que la pensión de los empleados oficiales sería igual al "75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio" (art. 1o.) modificando así el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 que disponía que la pensión sería equivalente al "75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios". Para el efecto señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes (art. 3o.) prescripción que luego fué modificada por el artículo 1o. de la ley 62 del mismo año, con lo cual quedó derogado el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en cuanto a factores salariales para reconocimiento de pensión de jubilación.

La ley 33 de 1985, sin embargo, dispuso que ésta era una regla general que no se aplicaría a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

De manera que por virtud de la ley 33 de 1985, los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público hoy tienen derecho

a una pensión de jubilación equivalente al "75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios", a menos que por un lapso de diez años o más hubieren laborado en la rama jurisdiccional y o en el ministerio público, pues teniendo entonces éstos un régimen especial, continúan con el derecho de disfrutar de una pensión igual, al "75% de la asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicios" en las citadas actividades.

Y por asignación mensual debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual, sino todo, lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios.

El artículo 12 del Decreto 717 de 1978 señala algunos factores de salario para la rama jurisdiccional y el ministerio público, pero establece un principio general: además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios de manera que los factores allí señalados no pueden tomarse como una relación taxativa, pues de hacerlo quedaría sin significación el principio general.

Entonces, "la asignación mensual más elevada" para efecto de determinar la base de la pensión de jubilación al régimen salarial de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios a menos claro está, que se trate, de un factor expresamente excluído por la ley, como la prima para jueces y magistrados de la rama y algunos funcionarios del ministerio público, creada por la ley 4a. de 1992.

Se equivocó por tanto el Tribunal al concluir que la pensión **de régimen especial** de la rama jurisdiccional y el ministerio público debe liquidarse sobre los factores salariales señalados en el artículo lo de la ley 62 de 1985, porque, repite la Sala, esta norma es aplicable a la rama jurisdiccional y al ministerio público para la determinación de la base de liquidación de la pensión de **régimen ordinario**, pero no de la pensión de **régimen especial**.

La precisión final del artículo 1o. en mención, respecto a que "en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes", significa que aun cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar, los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base,

obligación que por lo demás, si no se cumple por cualquier, motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga lo descuentos correspondientes como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de lo de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso. La Corte dijo entonces:

> "Pero es pertinente aclarar que en el caso de la liquidación de una pensión, cuando el empleado oficial no haya pagado determinados aportes, la Caja de Previsión respectiva debe cobrarlos previamente para efectos de que ella se produzca sobre el monto total de dichos aportes, conforme a las previsiones consagradas en la ley."

En el caso *subjudice* la accionante comprobó haber laborado más de 10 años, de los veinte de servicio, en la rama Jurisdiccional y por ello tiene derecho a que se le determine su pensión de jubilación por el régimen especial.

La Caja de Previsión así lo reconoció, pero no se incluyó en la determinación de la base algunos factores a los que la demandante cree tener derecho.

Según la demanda, en la liquidación debe tenerse en cuenta:

a) El sueldo mensual, que fué reconocido.

b) La prima de antigüedad, también reconocida.

c) Las primas de servicios, vacacional y de navidad, no reconocidas y que son factor de salario para los empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público de conformidad con el artículo 12 del Decreto ley 717 de 1978 (tal como fué modificado por el artículo 4 del Decreto 911 del mismo año) norma que fue citada como violada en el libelo.

d) Prima ascensional. Factor reconocido pero en cuantía diferente a la que la actora probó devengada a la fecha de la resolución de reconocimiento. En efecto consta en el acto acusado (fls 3) que se tuvo en cuenta una prima ascensional por valor de $ 1.950 y a fl 21 del expediente obra certificación del Tesorero de la Dirección General de Tesorerías sección Delegada de Pagaduría de Medellín, que la prima ascensional pagada fue de $3900. Habrá por tanto de ordenarse el reajuste de este factor.

Concluye por tanto la sala que habiendo probado la accionante que tenía derecho al régimen especial de pensión de jubilación establecido por la ley para

la rama jurisdiccional y el ministerio público y que en la liquidación de esta prestación no se le tuvo en cuenta las primas de servicios de vacaciones y navidad que según el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 son factor salarial, ni el valor total de la prima ascensional devengado, habrá lugar a acceder a las pretensiones de su demanda.

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

F A L L A:

1o. **REVOCASE** la sentencia de veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa (1990) pronunciada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en esté proceso.

2o. **DECLARASE** la ocurrencia del silencio administrativo negativo, respecto de los recursos interpuestos contra el acto demandado

3o. **DECLARASE la nulidad parcial** del artículo 1o. de la Resolución No. 00378 de 10 de enero de 1989 proferida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, en lo relacionado con la cuantía de la pensión de jubilación reconocida.

4o. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENASE** a la entidad demandada a efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación de María Nora Cifuentes Rico, incluyendo como factor salarial en forma proporcional las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, devengadas en el último año de servicios y la prima ascensional por el valor de $ 3.900.oo. La Caja hará los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados.

5o. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión del día treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lacompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

LICENCIA NO REMUNERADA / FUNCIONARIO JUDICIAL / EMPLEADO JUDICIAL / FUNCIONARIO DE PERÍODO / LICENCIA PARA EJERCER INTERINAMENTE OTRO CARGO.

Son los funcionarios judiciales, y no los empleados, los que gozan de período fijo, no puede llegarse a la conclusión distinta de que lo que hizo en la norma acusada en ejercicio de la potestad que en esta materia le otorga al Presidente de la República el ordinal 3 del art. 120 de la constitución anterior, fue precisar y dar claridad por la vía reglamentaria a lo dispuesto en el inciso 1 del art. 27 del decreto ley 250 de 1970, señalando que tratándose de funcionarios, la licencia podrá concederse por el tiempo que falte para completar el período del empleo que venía desempeñando en propiedad. La norma reglamentaria en ninguna forma limita el derecho que otorgó la ley a los empleados a obtener licencia para ejercer internamente otro cargo. Por el contrario, lo que precisa es que a los funcionarios que tienen período sólo se les puede no conceder por el tiempo que falte para completarlo, los empleados tienen esa restricción.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., Octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No.5936 Decretos del Gobierno Actor:JOSUE PALOMA PARRA

Josué Paloma Parra, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación solicitando

la declaración de nulidad del artículo 100, inciso 2, del decreto reglamentario 1660 de 1978, aparte final.

En la demanda en el capítulo de las "disposiciones violadas" se citan como normas infringidas, los, artículos 2. 20, 55 y 120 ordinal 3 de la Carta de 1886 y 27 del decreto ley 250 de 1970 (folios 9 y 10).

Expone el concepto de violación la demanda, manifestando que el artículo 100 del decreto 1660 de 1978, pretendiendo reglamentar el artículo 27 del decreto 250 de 1970, dividió este precepto en dos incisos; que si bien el primero de ellos no ofrece duda alguna de que se ajusta a la norma reglamentada, el segundo restringió el derecho que en la disposición de superior jerarquía se consagra, sin discriminación de ninguna naturaleza, en favor de los empleados que pasan interinamente a desempeñar otro empleo, hasta el límite del período que ejerzan en propiedad; que la norma cuya nulidad se pide no sólo varió el sentido del precepto reglamentado, sino que además eliminó de manera clara e indiscutible un derecho radicado en cabeza de los empleados judiciales y, por consiguiente, estableció una odiosa discriminación entre éstos y los funcionarios; que la jurisprudencia y la doctrina siempre han sostenido que el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede expedir normas nuevas, sino ajustarse estrictamente al contenido de las leyes que reglamenta y a los criterios doctrinales de necesidad de competencia: que el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política anterior indica que el objetivo único de la potestad reglamentaria es la ejecución de las leyes y los medios para conseguirla, que los decretos reglamentarios no tienen la fuerza jurídica de las leyes, decretos legislativos y decretos extraordinarios, ya que se ubican dentro de las atribuciones del Jefe del Estado y son, por ende, de naturaleza exclusivamente administrativa: que el reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley y su objetivo no es crear normas, pues esa tarea compete al legislador; que el reglamento tiene por finalidad desarrollar los preceptos legales, desenvolverlos, precisarlos y concretarlos, crear los instrumentos para su ejecución, dictar las medidas para su cumplimiento. sin que se pueda alterar de ninguna forma aspecto alguno de la ley; que en conclusión, en el caso *sub-judice*, el gobierno nacional, al expedir el acto impugnado, se excedió en el uso de la potestad reglamentaria y siendo como es la doctrina del Consejo de Estado abundante y uniforme sobre el tópico, se infiere que en presencia de tal circunstancia debe producirse un fallo que declare su nulidad (folios 10 a 15).

En el escrito demandatorio se solicitó además, la suspensión provisional de la norma impugnada, la cual fue regada mediante auto del 16 de septiembre de 1991 (folios 20 a 22).

SECCION SEGUNDA

El apoderado de la Nación (Ministerio de Justicia) en la contestación de la demanda se opone a las pretensiones del escrito introductorio y manifiesta que el Presidente de la República al proferir el acto acusado no se extralimitó ni se desvió en el ejercicio de sus funciones, pues la Constitución de 1886 establecía que los magistrados y jueces tenían período, al tanto que el artículo 3 del decreto extraordinario 250 de 1970 determina claramente la diferencia entre funcionarios y empleados judiciales; que el artículo 25 del decreto 1660 de 1978 señala que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional son los únicos que tienen período y que los demás cargos no tienen período: que si los empleados no tienen período, es por esta razón que el artículo 100 del decreto 1660 de 1978 aclara que es únicamente cuando se trate de funcionarios nombrados en propiedad, los que puedan gozar de licencia por el tiempo que falte para completar el período del cargo que venía desempeñando (folios 36 y 37).

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

El decreto ley 250 de 1970, que vino a ser reglamentado por el decreto 1660 de 1978, estableció en su artículo 3 que tienen la categoría de funcionarios, los magistrados, jueces y fiscales, y que se consideran empleados quienes desempeñan los demás cargos en las corporaciones judiciales y despachos

La citada disposición legal vino a reiterarse de manera similar en el artículo 2 del decreto 52 de 1987 cuando dispuso que tienen la calidad de funcionarios, los magistrados, jueces y fiscales de la República y que las demás personas que ocupen empleos dentro de la Rama Jurisdiccional y en las fiscalías tienen la categoría de empleados.

El artículo 25 del decreto 1660 de 1978 señaló que tienen período los cargos de Procurador General de la Nación, Procurador Agrario, Fiscal y funcionario de la rama jurisdiccional y expresa que "los demás cargos no tienen período".

El inciso 1°. del artículo 27 de decreto ley 250 de 1970, disposición invocada como infringida en el libelo, consagra que los funcionarios y empleados tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres meses en el año y cuando pasen a ocupar interinamente otro empleo hasta el límite del período del que desempeñen en propiedad.

El artículo 100 del decreto 1660 de 1978, reguló este precepto en la siguiente forma:

"Articulo 100. Los funcionarios y empleados tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres (3) meses por cada año calendario, en forma continua o discontinua según lo solicite el interesado. Esta licencia no es revocable ni prorrogable por quien la concede, pero es renunciable por el beneficiario.

También tiene derecho a licencia cuando hallándose en propiedad o siendo titulares, pasen a ejercer interinaniente otro cargo en la rama jurisdiccional, el Ministerio Público o las Direcciones de Instrucción Criminal. En este caso la licencia podrá concederse por el tiempo que falte para completar el período del cargo que venían desempeñando, cuando se trate de funcionarios nombrados en propiedad." (Se subraya, lo acusado).

Ahora bien, si como se dijo, son los funcionarios judiciales, y no los empleados, los que gozan de período fijo, no puede llegarse a conclusión distinta de que lo que hizo en la norma acusada en ejercicio de la potestad que en esta materia le otorga al Presidente de la República el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política anterior, fue precisar y dar claridad. por la vía reglamentaria a lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 27 del decreto ley 250 de 1970, señalando que tratándose de Funcionarios. la licencia podrá concederse por el tiempo que falte para completar el período del empleo que venía desempeñando en propiedad.

La norma reglamentaria en ninguna forma limita el derecho que otorgó la ley a los empleados a obtener licencia para ejercer interinamente otro cargo, por el contrario. lo que precisa es que mientras que a los funcionarios que tienen período sólo se les puede conceder por el tiempo que falte para completarlo, los empleados no tienen esa restricción.

Cabe aclarar que a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, no todos los funcionarios conservan el privilegio del período, luego la limitación que prevén tanto el Decreto 250 de 1970 como el Decreto 1660 de 1978 quedó referida a los funcionarios que continúan teniéndolo

Por lo razonado, concluye la Sala que el Jefe del Estado en este asunto no incurrió en desbordamiento de su facultad reglamentaria, ni usurpó competencia del legislador como lo plantea la parte actora en el libelo, por lo cual habrá de negarse sus súplicas.

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,

SECCION SEGUNDA

FALLA :

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA / ESTABILIDAD / CARGO DE CARRERA / INSUBSISTENCIA - Improcedencia

El actor se encontraba inscrito en la carrera administrativa en el empleo de técnico administrativo, y el cargo que ocupara luego de jefe de sección, en el cual su nombramiento se declaró insubsistente, fué a el promovido con antelación a la vigencia de la ley 61 de 30 de diciembre de 1987 como se establece igualmente de lo expresado al respecto por el apoderado del I.C.T. en la contestación del libelo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5634. Apelación Sentencia. Actor: EDGAR REYES OROZCO.

La apoderada del Instituto de Crédito Territorial interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 8 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Admitido el recurso de apelación por auto de 5 de abril de 1991 (folio 106 cdno. ppal.), no observándose causal alguna de nulidad procesal y efectuando el trámite correspondiente, se procede a decidir, previas las siguientes

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

La parte demandante solicitó en el libelo la declaración de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 6082 del 28 de octubre de 1988 dictada por el citado organismo, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como Jefe de Sección 2075-05 de la Sección de Bienes y Servicios adscrita a la División Administrativa de la Regional Valle del Cauca.

Como restablecimiento del derecho, el demandante pidió ser reintegrado al empleo que ocupaba, o a otro de superior categoría, el pago de sueldos y prestaciones dejados de percibir a consecuencia de la desvinculación y se compute el tiempo desde el retiro hasta el reintegro al servicio.

El *a-quo,* en la sentencia apelada (folios 86 a 93 *ibídem*), accedió a las súplicas de la demanda, pues consideró que de conformidad con el acervo probatorio aportado al proceso, el actor estaba disfrutando de los beneficios de la carrera administrativa, ya que se encontraba inscrito en ella; que como lo destaca el fiscal del Tribunal en su concepto, el demandante por el hecho de que ocupara un cargo de libre nombramiento y remoción que había aceptado voluntariamente, no permite concluír que por dicha razón podía ser desvinculado del empleo mediante la declaración de insubsistencia de su nombramiento partiendo del supuesto de la pérdida de su garantía de estabilidad; que el artículo 49 del decreto 2400 de 1968 fué declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia; que si el I.C.T. pretendía retirar del servicio al demandante tenía que demostrar en proceso disciplinario la comisión de una falta disciplinaria o disponer la desvinculación a través de acto administrativo motivado; que no existe norma alguna que determine que cuando un funcionario se encuentra en la carrera administrativa y pase a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, ese traslado le acarrea la pérdida del derecho a la estabilidad laboral; que cualquier consideración adicional que se haga a lo sostenido por la agencia del Ministerio Público, resulta superflua y sería abundar sobre lo que aparece tan correctamente expresado en su concepto.

En la sustentación del recurso de apelación (folios 97 a 101 *ibídem*), el apoderado del I.C.T. manifiesta que si bien es cierto que el artículo 49 del decreto 2400 de 1968 ya no rige, aún bajo la declaratoria de inexequibilidad de esta disposición, no es el caso objeto de la controversia jurídica planteada dentro del proceso, puesto que el empleo que desempeñaba el demandante como Técnico Administrativo Grado 09, en el cual se encontraba inscrito en la carrera administrativa, no ha sido declarado de libre nombramiento y remoción; que en este asunto queda claro que no fué la modificación de la naturaleza del cargo de carrera, sino el nombramiento hecho al actor en otro cargo de libre

nombramiento y remoción, por lo que el citado precepto no es aplicable al caso *sub-examine*; que el último cargo que ejerció el demandante como Jefe de Sección, desde julio 15 de 1987 a octubre 26 de 1988, no era cargo incluido inicialmente en la carrera y, por consiguiente, perdía los derechos inherentes a la misma, a pasar de que luego la ley concedió plazos para inscribirse en la carrera, pero el actor no lo hizo; que el demandante estuvo desempeñando las funciones del nuevo cargo durante más de un año, por lo que no se puede pretender que la administración obro con mala intención al pasar al actor de un cargo de carrera a otro en el cual perdía sus derechos de estabilidad ; que el demandante tuvo todas las opciones que le concedieron el decreto 583 de 1984, la ley 61 de 1987 y el decreto 573 de 1988, para pedir su inscripción en el escalafón y no lo hizo; que por lo tanto, al momento de la declaración de insubsistencia del nombramiento del demandante, éste era funcionario de libre nombramiento y remoción, razón por la cual era viable utilizar la facultad discrecional en poder de la autoridad nominadora, como lo consagra el artículo 26 del decreto 2400 de 1968; que en el caso *sub-judice* se desconoce por la sentencia, lo estatuído en el artículo 2 de la ley 61 de 1987; que ni el señor fiscal del Tribunal, ni esta corporación hacen mención a la prueba, según la cual el Departamento Administrativo del Servicio Civil expidió constancia que certifica que el actor no figura ni nunca ha aparecido inscrito en el escalafón como Jefe de Sección, Código 2075, Grado 05, de la dependencia de Bienes y Servicios del I.C.T.; que no existe congruencia entre lo solicitado en el libelo con el contenido del fallo apelado, pues el demandante pidió reintegro al empleo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría y no al cargo de Técnico Administrativo Grado 09; que en tal sentido el *a-quo* en el fallo recurrido no tuvo en cuenta el principio de equidad entra las partes vinculadas al proceso, ya que el fallador no debió otorgar algo no pedido en la demanda, aunque se hablara de reintegro.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, es de opinión que el empleado inscrito en carrera administrativa conserva los derechos propios de ésta, aún pasando a otro empleo, mientras no se configuren las causales legales, previo adelantamiento de proceso disciplinario o declaración de insubsistencia por calificaciones deficientes por bajo rendimiento que en este asunto para la época en que el actor tomó posesión del cargo de Jefe de Sección, para el cual fué nombrado mediante resolución No. 4723 de 21 de octubre de 1985, no existía norma alguna que contemplara la pérdida de los derechos de carrera por tomar posesión de empleo de libre nombramiento y remoción; que en el recurso de apelación contra el fallo del *a-quo* se cita el artículo 2 de la ley 61 de 1987, disposición que no fue invocada en el transcurso de la primera instancia; que aún en el evento de que se hubiese hecho referencia a dicha norma, desde el momento de la contestación de la demanda, a la misma conclusión se llegaría, puesto que no se encontraba vigente en el año de 1985 y

por ende no es dable darle aplicación retroactiva; que el reintegro del actor al cargo en que se encontraba inscrito, ordenado por el tribunal, es equivocado, ya que de éste empleo no fue removido el demandante; que así las cosas, lo indicado es que se hubiera ordenado la reincorporación al servicio en el cargo que desempeñaba el actor como Jefe de Sección, con el fin de que se solicite la actualización en el escalafón, acreditando que cumple con los requisitos indispensables para el ejercicio del empleo; que en los demás aspectos del fallo del Tribunal, la sentencia impugnada debe ser confirmada (folios 120 a 125 *ibídem*).

Ahora bien, en reciente sentencia de agosto 20 de 1993, expediente No. 5248, autoridades Nacionales, actor: ARMANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Consejo Ponente: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, sostuvo la Sala:

> "Ciertamente sobre el particular, ésta Corporación, y especialmente, la Sección Segunda, ha proferido decisiones en uno y otro sentido, ésto 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 proceso de selección, o de un cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual no fué 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 fué inscrito en el escalafón de carrera administrativa como Profesional Universitario 3020-Grado 04, el 26 de septiembre de 1985 y fué ascendido al de Jefe de División 2040-14 de la División Técnica adscrita a la Dirección de la Regional Santander, mediante Resoluciones No. 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 No. 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 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 dicho 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 preferidos a los términos exactos del escalafón por eso, el empleado, por ejemplo, podría ser devuelto a su cargo inicial sin que ellos vulneren 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 concluír que el actor se hallaba escalafonado en el (sic) 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 de un mes (artículo 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 en 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 da libre nombramiento y remoción.

De acuerdo con lo anterior, cabe concluír que el señor Armando Rodríguez Rodríguez fué 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 éste evento, fallo *extrapetita* al haber requerido al accionante su reintegro al cargo que venia 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.

Como puede observarse, los planteamientos formulados en dicha providencia son de recibo en éste asunto, **pues el actor se encontraba inscrito en la carrera administrativa en el empleo de Técnico Administrativo**, según resolución No. 016846 del 26 de septiembre de 1985 expedida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil (folio 3 *ibídem*) y el cargo que ocupara luego de Jefe de Sección, en el cual su nombramiento se declaró insubsistente (folios 8 y 9 *ibídem*), fué a él promovido con antelación en la vigencia de la ley 61 de 30 de diciembre de 1987 (folios 44, 45 y 46 *ibídem*), como se establece igualmente de lo expresado al respecto por el apoderado del I.C.T. en la contestación del libelo (folio 35 *ibídem*) y en escrito que obra en el expediente (folio 113 *ibídem*).

De otra parte, es necesario aclarar que el cargo de Jefe de Sección, tanto a la luz de lo estatuído en la ley 61 de 1987 como en los decretos 2400 de 1968, 3074 del mismo año y su reglamentario 1950 de 1978, pertenece a la carrera administrativa.

Por consiguiente, habrá de confirmarse la sentencia apelada con la salvedad de las condenas se impondrán a cargo del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana- INURBE-por virtud de lo señalado en el artículo 10°. de la ley 8 de 1991; adicionándose que de las sumas que se deben cancelar al actor se descontarán aquéllas que hubiese recibido del tesoro público durante el lapso desde cuando se produjo su desvinculación del servicio hasta la fecha en que sea reintegrado, acorde con lo dispuesto en el artículo 128 de la carta de 1921.

Es obvio que la liquidación por éstas sumas, se debe realizar con referencia al empleo de Técnico Administrativo.

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

FALLA:

1) Confírmase la sentencia apelada del 8 de noviembre de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso incoado por el señor Edgar Reyes Orozco en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 6082 del 28 de octubre de 1988 proferida por el Instituto de Crédito Territorial,

mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento, con la salvedad de que a quien corresponde dar cumplimiento a dicha sentencia es al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-.

2) Adiciónase la sentencia apelada del 8 de noviembre de 1990, respecto que de las sumas que se deben cancelar al mencionado señor, se descontarán aquéllas que hubiese recibido del tesoro público durante el lapso comprendido entre la fecha en que se produjo su retiro del servicio hasta cuando sea reintegrado, de conformidad en lo estatuído en el artículo 128 de la Constitución Política de 1991.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente del Tribunal de origen.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora (aclara voto), *Joaquín Barreto Ruíz* (Salvo voto), *Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Dollly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoría: Reiteración jurisprudencias sentencia del 23 de mayo de 1991, expediente 1748, Actor: Luis Soto Aldana.

CARRERA ADMINISTRATIVA / ESTABILIDAD - Improcedencia / CONCURSO DE MERITOS / INSUBSISTENCIA / (Salvamento de Voto)

El actor fue escalafonado en la carrera en el empleo de Técnico Administrativo con posterioridad fue objeto de movimientos que se traducen en "promociones" o "ascensos", que la autoridad nominadora hizo sin que tales movimientos hubieran sido precedidos de los correspondientes concursos que, como se ha expresado, son un imperativo legal para ascender dentro de la carrera administrativa. Tales nombramientos, mal denominados " ascensos" o "promociones", podrían ser o no aceptados por el actor, sin que la negativa pudiera derivarse su desvinculación laboral, porque en tal evento hubiera continuado vinculado de empleo de carrera en el que fue escalafonado, sin mengua alguna de sus derechos de carrera. 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.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5634. Autoridades Nacionales. Actor: EDGAR REYES OROZCO.

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 las 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 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 causases 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. Sinembargo, 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 solo 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 del cargo de Jefe de División de que fué objeto el actor, fué ajustada a derecho, pues no estaba amparado por fuero alguno de estabilidad".

Ahora bien, el actor fué empleado del antes denominado Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, 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 Técnico Administrativo Grado 09, mediante la Resolución 16846 del 26 de septiembre de 1985 y, que con posterioridad fue objeto de movimientos que se traducen en "promociones" o "ascensos", que la autoridad nominadora hizo sin que tales movimientos hubieran sido precedidos 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 Técnico Administrativo, y aunque no se habría beneficiado de los "ascensos", hubiera conservado su status de carrera.

Sí 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 Ruíz

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia. (Aclaración de Voto)

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 en el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; en esa 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.

Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos o 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 el artículo 1o del decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra Entidad oficial. La compatibilidad entre la

indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".

"La razón está en que la asignación, con su equivalente 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 Magistrado Dr. Darío Sánchez Becerra, en el proceso de Camilo Cortes B. contra la caja de Previsión Social de Cundinamarca.) (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: E. 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: M. Magistrada Dra. Emilia Mesa 5, 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 éste 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.

SECCION SEGUNDA

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

PROTECCION A LA MATERNIDAD / INSUBSISTENCIA - Improcedencia / INDEMNIZACION / REINTEGRO

Está suficientemente probado el estado de embarazo de la actora cuando fue reiterada del servicio sin motivación ninguna, y que ese estado era conocido por el Alcalde que la declaró insubsistente. El aviso de tal hecho se dió con suficiente antelación a la administración municipal y al mismo como persona; y en respuesta, ese mismo día le hizo saber, antes de su posesión, que sería declarada insubsistente al día siguiente. Es entonces evidente que se infringió la ley, pues el Alcalde no podía válidamente ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción para retirar del servicio a la actora, sino que debía motivar la providencia precisamente exponiendo la justa causa que obligaba al retiro. La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores la parto a al aborto, y considerando solo este período como de estabilidad. Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su art. 53, la Sala cree necesario hacer replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia. En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación del poder.

SECCION SEGUNDA

PROTECCION A LA MATERNIDAD / PRESUNCION LEGAL

Las normas que contemplan esta especial protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en el los señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúa tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación del poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5065. Asuntos Municipales. Actora: DORIS MERCEDES PRADA CASTILLO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 1990 por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES:

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la señora Doris Mercedes Prada Castillo pidió al Tribunal anular la resolución 051 (junio 1o.) de 1988, expedida por el Alcalde Municipal de Mogotes, en cuanto declaró insubsistente su nombramiento como Secretaria de la Alcaldía.

Como consecuencia, solicitó el restablecimiento del derecho y se fundamentó para ello en que cuando fue retirada del servicio se encontraba embarazada, situación de la cual había informado oportunamente a la administración, de donde deduce que esa fue la causa del retiro (el embarazo) y no el ejercicio de una facultad discrecional en procura del buen servicio.

En la adición de la demanda solicitó condenar al Departamento de Santander en concurrencia con el Municipio de Mogotes.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas impetradas y para hacerlo tuvo en cuenta: que ni el decreto ley 3135 de 1968 ni los otros estatutos expedidos en la reforma de ese año se aplican a los servidores de los entes descentralizados territorialmente, como los municipios; que ese criterio de que no es posible confrontar el acto impugnado con las normas presuntamente transgredidas encuentra respaldo en reiterados fallos tanto del Consejo de Estado como del Tribunal; que según sentencia del Consejo de Estado "... por lo que respecta a los sistemas de remuneración y prestaciones sociales, los empleados del orden departamental y municipal no se rigen por el Decreto 3135 de 1968 antes citado, sino por la ley 6a. de 1945 y todas aquellas que la adicionan y reforman".

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

En el recurso se consideran violadas normas superiores que no se invocaron en la demanda y se explica el concepto de violación de los artículos 16 y 17 de la C.N. (anterior). Advierte el libelista que no comparte la tesis expuesta por el Tribunal porque las pretensiones se concretan fundamentalmente en la nulidad de la insubsistencia, que el Decreto 1333 de 1986 no consagra normas relativas a la protección de la maternidad y que ante el vacío que se presenta debe darse aplicabilidad a la ley nacional. Que conforme a los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 la falta de motivación del acto de despido de una empleada en estado de embarazo lo vicia de nulidad. Que en consecuencia procede el restablecimiento del derecho y que a falta de normatividad municipal debe acudirse a la legislación nacional.

EL CONCEPTO FISCAL

Sostiene la señora Fiscal Noveno de la Corporación al pedir que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas de la demanda: "... si la demandante al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se encontraba en estado de embarazo, tiene derecho a la aplicación del régimen propio de la trabajadora embarazada, además de los derechos que se derivan de la anulación del acto administrativo por haberse demostrado en el proceso que fue emitido con abuso y desviación de poder, sin la observancia del proceso indicado para el caso y, procede en consecuencia, el reconocimiento de las prestaciones e indemnización por maternidad, consagradas en las Leyes 53 y 197 de 1938, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y en el Decreto 1848 de 1969" (folio 104).

SECCION SEGUNDA

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES

Dirá la Sala en primer término, que resultan inadmisibles los argumentos esgrimidos por el señor apoderado del Municipio para oponerse, al contestar la demanda, a la prosperidad de las súplicas impetradas.

En verdad no tiene justificación ninguna que, tratándose de la Secretaria de la Alcaldía, nombrada y removida por el Alcalde Municipal de Mogotes, se alegue que no era empleada del Municipio sino del Departamento, lo cual indujo a la demandante a corregir el libelo con el fin de vincular al Departamento de Santander.

Para la Sala no cabe duda alguna acerca de que la señora Doris Mercedes Prada Castillo era empleada del Municipio de Mogotes y es esa entidad local la responsable por la expedición del acto acusado.

Tampoco es comprensible el argumento consistente en que los artículos invocados del Decreto 3135 de 1968 y del Decreto 1848 de 1969 no son aplicables a la actora porque ella no era trabajadora oficial y las normas se refieren a "Empleada oficial". Seguramente ignora el señor apoderado del Municipio que el término "empleada oficial" se refiere también a la persona que, como la demandante, está vinculada a la administración pública por situación legal y reglamentaria, es decir, nombramiento y posesión, y que "empleada oficial comprende tanto a la empleada pública como a la trabajadora oficial.

En cuanto al fallo recurrido la Sala observa:

Ciertamente las normas de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en principio, no rigen en los Departamentos y Municipios.

Sin embargo no debe olvidarse que la protección a la maternidad ha estado consagrada siempre, en diferentes estatutos Legales y ha cobijado tanto a las trabajadoras del sector público como a las del sector privado.

El artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, como lo dice la colaboradora Fiscal, no hace sino repetir lo ya establecido en la ley 53 de 1938, artículo 3o. y en el articulo 2o. de la ley 197 de 1938 que lo modificó, normas éstas aplicables en todos los órdenes.

Siendo ello así, resultaría exagerado rigorismo no proteger los derechos de la actora, por haber citado las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y su reglamentario el 1848 de 1969, cuando esa protección legal existe e inclusive hasta resultar la más favorable la contemplada en el artículo 2o. de la ley 197 de 1938.

Analizando sobre estas bases el caso concreto de autos se observa, que está suficientemente probado el estado de embarazo de la actora cuando fue retirada del servicio sin motivación ninguna, y que ese estado era conocido por el Alcalde que la declaró insubsistente.

Es indignante en verdad, que el señor apoderado del Municipio afirme que el Alcalde que expidió el acto acusado ignoraba el estado de embarazo de la señora Prada Castillo, porque cuando ella se lo comunicó él todavía no se había posesionado como Alcalde.

El aviso de tal hecho se dió con suficiente antelación a la Administración Municipal y a él mismo como persona; y en respuesta, ese mismo día le hizo saber, antes de su posesión, que sería declarada insubsistente al día siguiente.

Es entonces evidente que se infringió la ley, pues el Alcalde no podía válidamente ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción para retirar del servicios la actora, sino que debía motivar la providencia precisamente exponiendo la justa causa que obligaba al retiro.

Por tanto habrá de revocarse la sentencia apelada, para acceder a las súplicas de la demanda y condenar al Municipio de Mogotes, mas no al Departamento de Santander, que no tiene responsabilidad en lo sucedido.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer - retirada del servicio en estado de embarazo- ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, y considerando solo este período como de estabilidad.

Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder.

Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta especial protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ellas señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder

que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

Concluye la Sala entonces, que en estos casos, sí procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que le estaba prohibido.

Por eso en el caso de autos se ordenará el reintegro, pues está comprobado que el Alcalde, enterado del estado de gravidez de la actora, en vez de respetar las normas le anunció anticipadamente la desvinculación del servicio, no motivó la respectiva providencia, como lo ordena la ley, ni dentro del proceso demostró razones que justificaran su decisión, para desvirtuar la presunción según la cual el acto se expidió por razón del embarazo.

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 20 de febrero de 1990 por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso iniciado por Doris Mercedes Prada Castillo.

En su lugar se dispone:

1.- Es nula la resolución 051 (junio 1o.) de 1988, proferida por el Alcalde Municipal de Mogotes (Santander), pero solo en cuanto declaró insubsistente el nombramiento de la señora Doris Mercedes Prada Castillo lo como Secretaria de ese Despacho.

2.- A título de restablecimiento del derecho, el Municipio de Mogotes reintegrará a la señora Doris Mercedes Prada Castillo al cargo de Secretaria de la Alcaldía Municipal de Mogotes -Santander-, o a otro de igual o superior categoría y le reconocerá y pagará todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, descontando de esta suma lo que la señora Prada Castillo tenga derecho a recibir por licencia de maternidad. Si la señora Doris Mercedes Prada Castillo hubiere percibido asignaciones del tesoro público o de instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, el Municipio de Mogotes hará el descuento correspondiente únicamente por el período en que ello hubiere ocurrido, a fin de respetar la prohibición contenida en el artículo 64 de la anterior Constitución y en el 128 de la que se encuentra vigente.

3.- El Municipio de Mogotes reconocerá y pagará a la demandante a título de indemnización, una suma equivalente a 60 días del último salario devengado.

4.- Para efectos de prestaciones sociales, se entenderá como efectivamente laborado el tiempo transcurrido entre la declaratoria de insubsistencia y el reintegro al cargo.

5.- Se dará cumplimiento a esta sentencia en el término que establece el artículo 176 del C.C.A. y observando lo previsto en el último inciso del artículo 177 *ibídem.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, (aclara voto); *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

Nota de Relatoría: La aclaración de voto del Doctor ORJUELA GONGORA en síntesis dice: "Considero que al decidir este asunto la Sala ha dado un vuelco positivo, leable y justo, a la jurisprudencia que venía aplicándose en esta materia, que -de otro lado- se ajusta a los lineamientos que señala la Constitución de 1991 para la protección integral de la mujer, y en especial, de la trabajadora como madre y eje central del núcleo familiar. Abrigo dudas en cuanto a la procedencia simultánea del reintegro con sus consecuencias económicas, y la indemnización por el retiro en estado de embarazo; sin embargo, la invocación del principio de favorabilidad me llevó a compartirla en este caso.

En lo que respecta con la orden de descuentos debo reiterar mi posición al respecto, sintetizada ya en otras oportunidades. (Ver página 1331 de este tomo) (Paréntesis de la Relatoría)

Carlos Orjuela Góngora

INSUBSISTENCIA - Improcedencia / DESVIACION DEL PODER.

En verdad, cuando se produjo el acto acusado el demandante Fajardo Hurtado era funcionario de libre nombramiento y remoción. No tenía el amparo de carrera ni período fijo ni ninguna otra garantía de inmovilidad relativa en su cargo, de manera que en cualquier momento podía ser removido sin motivación en el ejercicio de la facultad legal concedida al nominador para tales efectos. Es por ello que una medida como la discutida en este proceso conserva en todo momento la presunción de legalidad fundada en el hecho de haber sido adoptada por razones de buen servicio, a menos que se pruebe que fue expedida con desviación de poder, tesis esta que ha sído reiterada por la Sala. En el caso de autos aparece que el actor estaba a cargo de la coordinación de un proyecto denominado "control Erosión Recuperación y Manejo de sueldos", que desarrollaba el departamento gracias a un convenio de apoyo internacional celebrado con la FAO y también con la colaboración del gobierno nacional. Si se trataba de realizar en forma eficiente un proyecto de importancia para la administración departamental, contando con ayuda internacional, no resultaba conveniente cambiar al coordinador que había sido capacitado para tal efecto y venia cumpliendo sus funciones a satisfacción. La decisión de declarar insubsistente al actor la tomó el gobernador encargado, desoyendo las recomendaciones del representante de la FAO. Para la sala este conjunto de circunstancias muestran mas bien una decisión caprichosa, no respaldada en motivos que la justificaran, y que en últimas significa retrasos y traumatismo para el cumplido desarrollo del programa. El proyecto en que estaba comprometido el departamento con la entidad internacional sufrió desmedro, es evidente que se configuró la desviación de poder en este caso,

dadas las especiales características que presenta y que fueron probadas, así no se haya establecido en forma precisa cuales fueron los móviles que animaron al gobernador encargado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Dra Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 5096. Autoridades Departamentales
Actor: CUPERTINO FAJARDO HURTADO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Departamento de Boyacá contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 1990 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Cupertino Fajardo Hurtado pidió al Tribunal anular el decreto 000089 (enero 13) de 1988 por medio del cual el Gobernador del Departamento de Boyacá (E) declaró insubsistente su nombramiento como Profesional Universitario AP-4 de la Sección de Planificación Agropecuaria, dependiente de la División de Desarrollo Económico-Social de la Secretaría de Planeación Departamental.

Como consecuencia de esa pretensión solicitó el restablecimiento de su derecho.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las súplicas impetradas. Para hacerlo, tuvo presente que no obstante estar el actor sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción y por tanto no protegido por una garantía de estabilidad relativa, la desviación de poder se configuró al retirársele del cargo toda vez que el haz probatorio indica que se causó perjuicio al buen servicio, pues el demandante había sido capacitado por el Departamento para el desarrollo de funciones específicas que cumplía correctamente y está acreditado con los testimonios recepcionados que su presencia era vital para la debida ejecución del proyecto cuya dirección le había sido encomendada. Adicionalmente anota el Tribunal que se evidencia en el proceso que la persona que lo sustituyó no tenía ni la experiencia ni la

preparación exigida, y que el proyecto sufrió serios y graves retrasos por este motivo.

EL RECURSO

La parte recurrente basa su alegato fundamentalmente en la falta de prueba sobre el hecho o motivo oculto que es el sustento Jurídico del vicio "abuso o desviación de poder", pues mientras tal hecho siga siendo inexistente en el debate procesal, el acto conserva a su favor la presunción de legalidad dado que la insubsistencia se declaró en ejercicio de un poder legal.

Por lo anterior, recalca cómo el error del Tribunal consistió en considerar uno solo de los extremos a probar como lo es la idoneidad del funcionario retirado del servicio, pasando por alto que el retraso del proyecto no se originó en el retiro del señor Fajardo Hurtado sino en deficiencias presupuestales, y la falta de prueba de los motivos ocultos.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinta ante esta Corporación conceptúa que la sentencia debe revocarse y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, pues no hay material probatorio adecuado para establecer con certeza "el abuso o desviación de poder" alegados, por manera que no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado.

Decide la Sala, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En verdad, cuando se produjo el acto acusado el señor Cupertino Fajardo Hurtado era funcionario de libre nombramiento y remoción. No tenía el amparo de carrera ni período fijo ni ninguna otra garantía de inamovilidad relativa en su cargo, de manera que en cualquier momento podía ser removido sin motivación en ejercicio de la facultad legal concedida al nominador para tales efectos. Es por ello que una medida como la discutida en este proceso conserva en todo tiempo la presunción de legalidad fundada en el hecho de haber sido adoptada por razones de buen servicio, a menos que se pruebe que fue expedida con desviación de poder, tesis esta que ha sido reiterada por la Sala.

En el caso de autos aparece probado que el actor estaba a cargo de la coordinación de un proyecto denominado "Control Erosión Recuperación y Manejo de Suelos" que desarrollaba el Departamento gracias a un convenio de

apoyo internacional celebrado con la FAO y también con la colaboración del Gobierno Nacional.

Para cumplir esa misión el señor Cupertino Fajardo Hurtado recibió capacitación especial a través de cursos y seminarios, capacitación que le permitió, a juzgar por las declaraciones de los testigos y por los cables enviados por el señor Juan I. de la Vega, representante de la FAO en Colombia al señor Gobernador de Boyacá, recomendando su permanencia en el programa (folios 15 a 17), tener un buen desempeño en la labor que le había sido encomendada.

También el señor Ministro de Agricultura, después de oír a los técnicos del proyecto, consideró que la permanencia del doctor Cupertino Fajardo en la coordinación era de gran provecho, y así lo manifestó al señor Gobernador de Boyacá en oficio 344 de 11 de abril de 1988 que obra al folio 239.

Lo anterior permite inferir, que si se trataba de realizar en forma eficiente un proyecto de importancia para la administración departamental, contando con ayuda internacional, no resultaba conveniente cambiar al coordinador que había sido capacitado para tal efecto y venía cumpliendo sus funciones a satisfacción.

Por lo menos la seriedad y sentido de responsabilidad de la Administración Departamental se vieron afectados, y obviamente el proyecto, puesto que sin dar explicación que justificara tal determinación, la autoridad nominadora procedió a retirarlo del servicio, creando así la necesidad de capacitar a otro coordinador con el consiguiente costo económico que ello implicaba, lo cual significó retrasos considerables en la ejecución de los trabajos y estudios.

Naturalmente el hecho de no concluir dentro del término señalado las etapas del proyecto, puede atribuirse también a deficiencia de presupuesto como lo afirma el Departamento en su defensa, pero es evidente que los cambios de personal capacitado en asuntos técnicos no favorecen el buen servicio y en el caso concreto de autos fué factor de retraso y de entorpecimiento.

Finalmente observa la Sala, que a decisión de declarar insubsistente al actor la tomó el Gobernador encargado, desoyendo las recomendaciones del representante de la FAO.

Para la Sala, este conjunto de circunstancias muestra mas bien una decisión caprichosa, no respaldada en motivos que la justificaran, y que en últimas significó retrasos y traumatismo para el cumplido desarrollo del programa.

Obsérvese que la Administración Departamental en la sustentación del recurso y en general en el proceso, no adujo una sola razón de peso que la hubiera obligado a prescindir de los servicios del actor. Y si no existía esa razón y el proyecto en que estaba comprometido el Departamento con la entidad Internacional sufrió desmedro, es evidente que se configuró la desviación de poder en este caso, dadas las especiales características que presenta y que fueron probadas, así no se haya establecido en forma precisa cuáles fueron los móviles que animaron al Gobernador encargado.

En resumen, no encuentra la Sala razones valederas para revocar la decisión del *a-quo*.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 3 de mayo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso instaurado por el señor Cupertino Fajardo Hurtado.

Adiciónase tal sentencia en el sentido de ordenar, que si el señor Cupertino Fajardo Hurtado hubiere percibido asignaciones del tesoro público de instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, la Administración Departamental haga el descuento correspondiente únicamente por el período en que ello hubiere ocurrido, a fin de respetar la prohibición contenida en el artículo 64 de la anterior Constitución y en el 128 de la que se encuentra vigente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, (con aclaración de voto), *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EXP. -5096

Nota de Relatoría: El salvamento de voto del DR. CARLOS ORJUELA GONGORA es similar suscrito en el expediente 5634 de fecha 8 de noviembre de 1993 publicado en este mismo tomo de anales, en las páginas 1331 y siguientes

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION / PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO / INFRACCION DIRECTA DE NORMA CONSTITUCIONAL - Improcedencia

Para saber si en determinado caso concreto, bien por el legislador al dictar las leyes, bien por la administración al proferir los actos u operaciones que le son propios, bien por el juez cuando imparte justicia, si se han atendido o no las reglas del debido proceso, se hace indispensable consultar las reglas peculiares y características del procedimiento adecuado, es decir, consultando disposiciones cuya índole forzosamente será procedimental, porque ellas serán normas que señalan los rumbos que han debido acatarse en el evento respectivo. Para decirlo con otras palabras, la determinación si la norma constitucional que consagra el principio del debido proceso ha sido quebrantada en ese caso, no será directa, como lo exige el art. 197 del C.C.A. para el recurso de anulación, sino que surgirá a través de un silogismo indirecto, después de medir las circunstancias en que se desenvolvió la actuación.

INTERPRETACION ERRONEA / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Régimen Disciplinario / PODER DISCIPLINARIO - Prevalencia / POLICIA NACIONAL - Régimen Disciplinario.

El poder disciplinario que la Constitución ubica en la Procuraduría hállase ensamblado en una unidad de orden jurídicamente superior, por encima de los otros poderes disciplinarios que la ley haya igualmente consagrado, salvo excepciones como se colige de los ordinales 2o. y 3o. del mencionado artículo 145 y del artículo 217, entre otros. No se opone el régimen disciplinario externo o extrínseco que se ha examinado al régimen disciplinario interno,

cuyo asidero constitucional descansa en el artículo 62 de la Carta entonces vigente, al disponer que "la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones, los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva...", mas es de destacarse la prevalencia de aquella, de origen constitucional, mientras que ésta es de tipo legal aunque encuentre su génesis remota en la facultad que la Ley de Leyes ha dado al legislador para establecerlo. Hay, por ende, en Colombia dos regímenes disciplinarios paralelos para los funcionarios y empleados públicos: uno externo -a cargo de la Procuraduría- y otro interno -que reposa en el respectivo nominador-. Y aquél es prevalente de éste. El decreto-ley 1835 de 1979 contiene las normas pertinentes del régimen disciplinario interno para los miembros de la Policía Nacional, aplicables según las reglas que él señala por las autoridades en él indicadas. Es independiente del régimen externo que corresponde a la Procuraduría General y más concretamente al Procurador Delegado para la Policía Nacional. La sentencia recurrida interpretó erróneamente los artículos 8o., 13 y 14 de la Ley 25 de 1974 al enfrentarlos como contrapuestos a las disposiciones del decreto-ley 1835 de 1979 por cuanto no dio cabal inteligencia a las labores de supervigilancia y de cuidado de los deberes de los arts. 143 y 145 de la Constitución vigente entonces, atribuida a la Procuraduría y olvidando, de paso, que el artículo 150 de la misma da rango de dicha estirpe a los procuradores delegados.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente No. 875 (11.815) RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION . Actor: JORGE NOEL BARRETO RODRIGUEZ. Recurrente: Ministerio Público (Fiscalía Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca).

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Ministerio Público (Fiscalía Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca) contra la sentencia proferida a 7 de marzo de 1984 por el aludido estrado en el juicio que tuvo origen en la demanda que incoó, por conducto de apoderado judicial, el señor Jorge Noel Barreto Rodríguez contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional (Policía Nacional) y en ejercicio de la acción de plena

jurisdicción, actualmente denominada "de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 67 del C.C.A. -ley 167 de 1941- y 85 del C.C.A. -decreto-ley 1 de 1984-, modificado por el art. 15 del decreto-ley 2304 de 1989).

El respectivo expediente fue destruido durante los trágicos sucesos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y su reconstrucción, emprendida por el recurrente y por el procurador delegado de la Policía Nacional, ha obedecido a las pautas señaladas en el decreto extraordinario 3825 del mismo año.

I.- LA SENTENCIA IMPUGNADA

El fallo objetado por el ministerio público declaró nulo el acto administrativo contenido en el decreto No. 1998 de 25 de julio de 1980, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República y ministro de Defensa Nacional), que puso fin, según el Tribunal, a la actuación disciplinaria iniciada por la Procuraduría General de la Nación y, más concretamente, por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, "destituyendo del servicio activo" de esa institución de la Fuerza Pública al demandante, quien ostentaba el grado de capitán.

Como consecuencia de ello, el proveído en mención dispuso el reintegro del actor Barreto al cargo que venía desempeñando "cuando fué objeto de la sanción de destitución", y el reconocimiento y pago de "todos los salarios y prestaciones sociales y grados policiales que hubiere dejado de percibir como consecuencia del acto que se anula, desde que éste se hizo efectivo hasta cuando se produzca el reintegro al servicio" y, por último, declaró que, para todos los efectos legales, se tenga como sin solución de continuidad el lapso en mención y que debe darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A.

El fundamento jurídico y fáctico que llevó al Tribunal de Cundinamarca a fallar de la manera en que lo hizo estriba en la circunstancia de que la Procuraduría General de la Nación o, más concretamente, la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, carece de facultades legales para conocer de los procesos disciplinarios que se sigan contra el personal uniformado o empleados civiles de esa institución armada conforme a lo indicado en la ley 25 de 1974 -que fue la normatividad aplicada por la Procuraduría-, porque, según el Tribunal, el decreto-ley 1835 de 1979 es el estatuto especial que define las faltas, las sanciones y los procedimientos de ese tipo para el personal de la misma, y él demarcar quiénes son los funcionarios competentes para instruir y decidir los procesos disciplinarios en cuestión. Por lo tanto, continúa el Tribunal, el decreto-ley 1835 de 1979 reguló todo lo relativo al régimen disciplinario de la Policía Nacional y de allí que sus normas prevalezcan sobre todas las anteriores que le sean contrarías, entre ellas las incluídas en la ley 25 de 1974. Dice que

así ha tenido ocasión de conceptuarlo el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil a 24 de mayo de 1982, limitándose el papel del ministerio público, o mejor, de la Procuraduría, en esa materia, a supervisar los procesos disciplinarios que se sigan contra los uniformados de la Policía y los empleados civiles al Servicio de ésta, y a solicitar que los funcionarios los inicien, los adelanten y los decidan.

De allí que exprese que, como "no hay duda de que el decreto-ley 1835 de 1979 regula íntegramente la materia, en cuanto que este estatuto especial contiene normas precisas sobre tipificación de las conductas punibles y es por lo demás un completo régimen de las sanciones, competencias y procedimientos en materia policial; y, conforme a las reglas de hermenéutica señaladas por las leyes 57 y 153 de 1887, la ley posterior prevalece sobre la anterior, cuando esta última es especial como acontece con el citado decreto, vale decir, que tiene el mismo carácter que los decretos anteriores sobre régimen disciplinario y regulan expresamente la misma materia", queda afectada de nulidad el decreto 1998 de 25 de julio de 1980, al destituir al actor Barreto Rodríguez, capitán de la Policía Nacional, con base en un procedimiento anómalo por la Procuraduría, sin competencia para ello.

II.- ANTECEDENTES FACTICOS DEL CASO SOMETIDO AL TRIBUNAL

Según la demanda, el señor Barreto Rodríguez estuvo al servicio de la Policía Nacional durante más de dieciséis años, distinguiéndose siempre como un funcionario "eficiente y probo. Siempre cumplió con sus obligaciones y deberes propios de su cargo y de su condición de oficial de la Policía Nacional. Las condiciones personales, su don de mando, su espíritu de servicio lo llevaron a ocupar cargos de mucha importancia", por todo lo cual fue ascendido hasta llegar al grado de capitán y, además, fue galardonado con numerosas condecoraciones. No obstante ello, fue acusado por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional de haber utilizado injustificadamente sus armas de dotación a raíz de un enfrentamiento habido en el barrio Contador de la capital de la república, por el cual resultaron varias personas muertas, pese a que no se practicaron las pruebas por él solicitadas y que tendían a demostrar legítima defensa; así las cosas, la Procuraduría llegó a conclusión contraria y por eso adelantó, sin facultades para ello, el proceso disciplinario y, al cabo, pidió la destitución "por hechos que, de haberse cometido, no están sancionados con destitución", amén de que la providencia de la Procuraduría no fue notificada legalmente. Siendo irregular la actuación de la Procuraduría, el acto acusado, sancionatorio, es también irregular y se impone su anulación.

SECCION SEGUNDA

III.- DEL RECURSO Y DE LOS CARGOS DEL RECURRENTE CONTRA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Dos grandes cargos plantea la Fiscalía Cuarta recurrente para solicitar la anulación extraordinaria de la sentencia acusada, a saber:

> **Primer cargo:** No solución total de todas las cuestiones debatidas, en la Sentencia.
>
> Violación del principio del DEBIDO PROCESO (art. 26 de la Constitución política) y los artículos 170 (contenido de la sentencia) y 84 (actos anulables) del C.C.A. (Decreto-ley 1 de 1984), en relación con los arts. 8o. y 14 de la ley 25 de 1974 y su decreto reglamentario 3404 de 1983.

Al respecto, hace notar el recurrente que al dejar de decidir acerca de la nulidad de los actos de la Procuraduría, que no son actos administrativos de simple trámite sino actos definitivos de la etapa disciplinaria propiamente dicha fueron los que concluyeron ésta, dejó de despachar uno de los extremos de la litis, quebrantando de ese modo el art. 170 del C.C.A., que ordena que el juez debe analizar todos los hechos de la controversia y, con base en ese análisis, desatar el asunto sometido a su fallo, "en forma que, no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos", máxime cuando el propio representante de la Procuraduría y él mismo como agente del ministerio público acreditado ante el Tribunal, sometió ese aspecto. Y al quebrantar el art. 170 del C.C.A., al no relacionarlo también con los arts. 8o. y 14 de la ley 25 de 1974 y con su decreto reglamentario 3404 de 1983, igualmente violó lo que atañe al DEBIDO PROCESO, garantía prevista en el art. 26 de la Constitución,

> **Segundo Cargo**: Violación directa de los arts. 26 (debido proceso). 143 y 145 (competencias de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público) de la Constitución y los arts. 8o., 13 y 14 de la ley 25 de 1974 (competencia disciplinaria externa que corresponde a la Procuraduría General de la Nación), por interpretación errónea frente al decreto-ley 1835 de 1979, que demarcar la competencia disciplinaria interna de la Policía Nacional, lo que incide necesariamente en la parte resolutiva de la sentencia.

La larga, extensa y prolija argumentación de la Fiscalía Cuarta remata así:

> "En nuestro ordenamiento jurídico coexisten, por mandato constitucional y legal, dos sistemas de responsabilidad disciplinaría: 1o.) el de supervigilancia, supercontrol, externo, directo, a cargo de la Procuraduría

General de la Nación, de origen constitucional y desarrollo legal; 2o.) el de vigilancia, control, interno, directo y natural a cargo de la misma entidad pública y éste último puede ser de dos clases: general o especial con algunas reglas exceptivas en ambos casos".

De modo que para el recurrente la Procuraduría ejerció las atribuciones constitucionales y legales que le otorgan la Carta política vigente y las leyes que son consecuencia y desarrollo, sin que pueda decirse validamente, como lo sostiene la sentencia, que actuó con ausencia de competencia al abrir, seguir y concluir un proceso disciplinario en contra de miembros uniformados de la Policía Nacional, atendiéndose a las reglas precisadas por la ley 25 de 1974 y no a las señaladas en el decreto-ley 1835 de 1979, porque éste es el régimen disciplinario interno de ese cuerpo armado, aplicable sólo por autoridades propias del mismo.

En consecuencia, concluye, hubo interpretación errónea de esas normatividades de carácter sustantivo y de allí que se imponga la anulación de la sentencia de 7 de marzo de 1984.

IV.- ALEGATO DE CONCLUSION

Durante el trámite de reconstrucción del presente asunto, sólo la apoderada judicial de la Nación (Policía Nacional) ha alegado de conclusión al adherir a los planteamientos de la Fiscalía Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca recurrente (folio 274).

V. - DEL CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO ACREDITADO ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

En contraste con el criterio sentado por la recurrente, la Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado registra un pensamiento distinto, pues lo armoniza con los planteamientos de la sentencia enjuiciada. Para este agente del ministerio público, las normas o reglas atinentes al régimen disciplinario de los empleados de cada organismo o entidad son prevalentes sobre las normas genéricas de que habla la ley 25 de 1974.

Cuando el art. 145 de la Constitución asigna a la Procuraduría la tarea de "cuidar que todos los funcionarios públicos al servicio de la nación desempeñen sus deberes", en principio podría ser determinante para otorgar validez al argumento del Fiscal Cuarto del Tribunal, pero, "sucede que el razonamiento del actor resulta convincente no sólo a la luz de la preceptiva legal (artículo 2o. ley 153 de 1987) que consagra el orden de prelación de las leyes, sino que, también está avaluado por otros preceptos constitucionales que, con el memorado artículo 145, exigen ser sometidos a interpretación armónica, de conjunto. Tales

normas son: art. 62 "la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y del modo de hacerla efectiva...", artículo 26 C.N., para deducir esas responsabilidades y modos de hacerlas efectivas, impone el acatamiento a la plenitud de las formas propias de cada juicio. Es decir, que en opinión del Fiscal Cuarto del Consejo cuando el legislador ha establecido un régimen especial disciplinario para los empleados oficiales o funcionarios de una determinada entidad u organismo, sustrae a la Procuraduría de su facultad de llevar a cabo el procedimiento correspondiente, limitándose su papel a vigilar la conducta de los mismos, detectar sus faltas y poner en conocimiento del respectivo jerarca lo averiguado por ella, sin perjuicio de que intervenga en el correspondiente proceso disciplinario en procura de una condigna sanción. "Es la manera de conciliar la preceptiva constitucional y legal en comento", acota. Así, pues, conceptúa en el sentido de que la sentencia recurrida "debe permanecer incólume ya que carecen de fuerza convincente las censuras contra la misma".

Para decidir el recurso, la Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

1o) DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

Ha de recordarse, primeramente, cómo este medio *sui géneris* de impugnación dirigido contra sentencias ejecutoriadas proferidas por los tribunales administrativos en única instancia o por las secciones del Consejo de Estado en única o segunda instancia, equivalía, *mutatis mutandis*, al recurso de casación establecido por las leyes procedimentales en lo civil (art. 368 C.de P.C), en lo laboral (art. 87, C.P, de T.), en lo penal (art. 226, C. de P.P.) en su aspecto de quebranto de la normatividad sustancial o sustantiva, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea, es decir, por el llamado "*error iuris in iudicando*" o error puramente jurídico, opuesto al denominado "*error facti in iudicando*", que emana de la equivocada apreciación de los hechos en relación con las normas, siempre y cuando que el yerro de diagnosis estrictamente jurídica incidiese en la parte resolutiva del fallo recurrido, descartando asimismo las normas contentivas de preceptos adjetivos o meramente procedimentales.

Los arts. 197 y ss. del C.C.A. contenido en el decreto-ley 1 de 1984 -hoy suprimido por el decreto-ley 597 de 1988, más vigente para los interpuestos con anterioridad a éste trazaban, pues, el marco dentro del cual debían mantenerse tanto el recurrente como el juzgador; aquél al ejercer el recurso extraordinario de anulación y éste al estudiarlo y decidirlo. Y establecía que dicho recurso, no era una instancia más en la que pudiera revisarse todo el proceso y analizar

elementos probatorios que obraren en él, sino de un medio de impugnación que sólo tenía cabida cuando el juicio dentro del cual se hubiese dictado la sentencia impugnada estuviese concluido con esa sentencia y que ella se encontrase ejecutoriada. El escrito en que se hacia uso de ese recurso, por ende, no debía ser un alegato de instancia y, en la formulación y sustentación de los cargos a la providencia recurrida no podía entrar en cuestiones distintas a las que atañían a la causa jurídica del recurso (la infracción) y a la finalidad inmediata del mismo (la anulación). En otras palabras, la dilucidación del recurso en sí considerado era un mecanismo de confrontación de sentencias y normas.

Para lo que atañe a los recurso extraordinarios reconstruidos -como es el caso *sub-lite*,- el decreto 3825 de 1985 dispuso que, para decidir si procede o no la anulación de una sentencia, no se requiere sino "el escrito de interposición del recurso y copia de la sentencia impugnada" y que solo en el caso de que hubiere anulado la sentencia procede la reconstrucción solicitada, como lo dispone el mismo decreto en su artículo 4o., que textualmente dice: "Si el recurso prospera, la Sala ordenará en la misma sentencia, siempre que ello fuere necesario, la reconstrucción del proceso a efecto de dictar la sentencia que debe sustituir a la anulada". (La subraya no es del texto).

2o.) ANALISIS DE LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN EL *SUB-LITE*

Como se ha visto, son dos los cargos esgrimidos por la Fiscalía del Tribunal de Cundinamarca a fin de lograr la anulación de la sentencia que impugna, los cuales, sentado lo anterior, pasan a ser analizados seguidamente.

A.) PRIMER CARGO.

Por cuanto la sentencia debe resolver todas las peticiones de las partes, en forma que no quede cuestión pendiente entre ellas y por los mismos hechos (art. 170 del C.C.A.), y dado que el fallo cuestionado dejó de estudiar las argumentaciones que el ministerio público presentó en lo atinente a que el decreto 1998 de 1980 -acto acusado- al ser un acto de ejecución o de cumplimiento, debió ser juzgado frente al verdadero acto sancionatorio que fue el dictado por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional con base en lo preceptuado en los arts. 8o. y 14 de la ley 25 de 1974 y su decreto reglamentario 3404 de 1983, se violó el principio del DEBIDO PROCESO que consagra el art. 26 de la Carta fundamental, vigente en la época.

El art. 26 de la Constitución entonces vigente erigía sin duda, en norma positiva el principio del debido proceso como derecho social e individual y también como garantía necesaria para no dejar al arbitrio de las autoridades el derrotero

a seguir en el desarrollo de sus correspondientes funciones, tal como lo hace en la actualidad el art. 29 de la que rige hoy, con mayores detalles. Establecía, pues, un orden que frena el ejercicio de las facultades que el legislador pone en manos del ejecutor o del juez -en el sentido amplio de los vocablos-, a guisa de ritos que aseguren cierta seguridad jurídica que se atenga al principio de legalidad, en la exterioridad de la actuación de los diferentes órganos del Estado en cualquiera de las ramas en que se divide el poder político.

Pero para saber si en determinado caso concreto, bien por el legislador al dictar las leyes, bien por la administración al proferir los actos u operaciones que le son propios, bien por el juez cuando imparte justicia, si se han atendido o no las reglas del debido proceso, se hace indispensable consultar las reglas peculiares y características del procedimiento adecuado, es decir, consultando disposiciones cuya índole forzosamente será procedimental, porque ellas serán normas que señalan los rumbos que han debido acatarse en el evento respectivo. Para decirlo con otras palabras, la determinación si la norma constitucional que consagra el Principio del debido proceso ha sido quebrantada en ese caso, no será directa, como lo exige el art. 197 del C.C.A. para el recurso de anulación, sino que surgirá a través de un silogismo indirecto, después de medir las circunstancias en que se desenvolvió la actuación.

Ahora, aunque los arts. 84 del C.C.A, y 8o. y 14 de la ley 25 de 1974 y de su reglamentario 3404 de 1983 podrían ser tenidas como normas de estirpe sustancial porque la primera trata del derecho de acción en su esfera de juzgamiento de los actos administrativos y los otros dos cómo el Estado, por conducto de la Procuraduría a través de sus funcionarios y agentes, adelanta y ejerce la potestad disciplinaria de que la ha investido la Constitución, sería indispensable ir a las enumeraciones del art. 170 del C.C.A. acerca de lo que debe contener cada sentencia para desatar acertadamente la litis, cuestión eminentemente adjetiva y, por tanto, vedada al que juzga una sentencia ejecutoriada en uso del recurso extraordinario de anulación.

No prospera el primer cargo.

B.) SEGUNDO CARGO

Hubo, por tanto, según el recurrente, interpretación errónea de los arts. 143 y 145 de la Constitución de la época y de los arts. 8o. 13 y 14 de la ley 25 de 1974 frente al decreto-ley 1835 de 1979, lo que afecta de nulidad la actuación por quebranto del art. 26 de la Constitución de 1886.

Enseñaban los dos preceptos inicialmente citados que "corresponde a los funcionarios del ministerio público defender los intereses de la nación;

promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas: **supervigilar la conducta de los empleados públicos,** y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social" (art. 143) y, entre otras facultades, **"cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la nación, desempeñen cumplidamente sus deberes..."** (art. 145-1) (Se destaca).

Responden entonces tales normatividades a una articulación lógica de papel que corresponde a la Procuraduría General como cabeza del ministerio público, permitiendo que el legislador consagre mecanismos que subordinen a los empleados públicos en genera y a los funcionarios en particular a los deberes que les son propios. Implican ellas un control supremo en torno a la gestión de quienes realizan los actos estatales dentro del aparato oficial, todo lo cual viene a determinar el llamado **poder disciplinario** que la Constitución entrega al ministerio público como facultad y a la Procuraduría General en su carácter de órganos de aquél y ese poder disciplinario que Constitución ubica en la Procuraduría hallase ensamblado en una unidad de orden jurídicamente superior, por encima de los otros poderes disciplinarios que la ley haya igualmente consagrado, salvo excepciones como se colige de los ordinales 2o. y 3o. del mencionado artículo 145 y del artículo 217, entre otros.

Es -o era en el momento en que fué proferida la sentencia hoy acusada- la ley 25 de 1974 el cuerpo legal que desarrolló esas atribuciones constitucionales de la Procuraduría desde variados puntos de vista, entre ellos los que atañen al ejercicio del poder disciplinario recogiendo en mucho lo que sobre vigilancia administrativa estatuía, entre otros, el decreto reglamentario 1950 de 1973 en su título XIII. Por ellas se expidieron normas sobre organización y funcionamiento del ministerio público y se dictaron otras disposiciones, entre ellas unas sobre régimen disciplinario. En su art. 8o. sostiene que el ministerio público está integrado por la Procuraduría General de la Nación, las fiscalías y las personerías que determinen la Constitución y las leyes, y en el 13, que la vigilancia administrativa asignada a la Procuraduría la ejercen el procurador general, los procuradores delegados para la Vigilancia Administrativa, para la Contratación Administrativa, para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional, los procuradores regionales y los jefes de las oficinas seccionales, y el 14 que los funcionarios anteriores, excepto los jefes de oficina seccionales pueden imponer a los empleados oficiales sanciones disciplinarías de amonestación escrita con orden de que se anote en la hoja de vida; multa hasta por un sueldo mensual; solicitud de suspensión hasta por treinta días o solicitud de destitución.

Al lado de la ley 25 de 1974 y con el propósito de reglamentarla, fue dictado el decreto 3404 de 1983 que reguló materias tales como la averiguación preliminar, la delimitación de competencias en los asuntos a cargo de las

procuradurías delegadas, permitió la acumulación de investigaciones disciplinarias, la forma de dirimir los conflictos de competencia, enumeró los medios de prueba, su oportunidad y procedimientos para practicarlos, estableció el control jerárquico del acto de trámite que niegue la práctica de pruebas solicitadas oportunamente por el funcionario investigado, etc., etc.

No se opone el régimen disciplinario externo o extrínseco que se ha examinado al régimen disciplinario interno, cuyo asidero constitucional descansa en el art. 62 de la Carta entonces vigente, al disponer que "la ley **determinará** los casos particulares de incompatibilidad de funciones, **los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva...**", mas es de destacarse la prevalencia de aquella, de origen constitucional, mientras que ésta es de tipo legal aunque encuentre su génesis remota en la facultad que la Ley de Leyes ha dado al legislador para establecerlo. Hay, por ende, en Colombia dos regímenes disciplinarios paralelos para los funcionarios y empleados públicos: uno externo -a cargo de la Procuraduría- y otro interno -que reposa en el respectivo nominador-. Y aquél es prevalente de éste.

Sobre el tópico, ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección Segunda del Consejo, diciendo:

> "Dicha facultad constitucional de supervigilancia fue definida por la Corte Suprema de Justicia -como la atribución de vigilancia con mayor poder, a título de la más alta autoridad en la materia, que tiene la Procuraduría General de la Nación, sobre la conducta de los funcionarios del Estado. Sin embargo, en todo caso, la supervigilancia de la conducta de los servidores públicos, asignada por el constituyente a la Procuraduría General de la Nación, implica su prevalencia frente a la facultad de vigilancia administrativa ejercida por los respectivos superiores jerárquicos, de tal suerte que cuando la Procuraduría avoca la investigación disciplinaria contra el empleado público, la administración no puede iniciar otra investigación por los mismos motivos..." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 29 de octubre de 1981, consejero ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez; "Régimen disciplinario del empleado público", Dr. Edgar Ignacio Cadena Corredor, Legis, 1989, págs. 85 y 86).

Y ha dicho la Corte:

> "... Atiéndase además que por mandato expreso del art. 143 de la Constitución Nacional, una de las competencias indeclinables asignada "a los funcionarios del Ministerio Público es la de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos". Esta atribución se repite como especial

del Procurador General de la Nación en el art. 145, núm. 1o., del mismo estatuto, de acuerdo con el cual a aquél le atañe "cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la nación desempeñen cumplidamente sus deberes". Sabido es además que el cargo de "Procurador Delegado" es de rango constitucional, conforme lo prevé el art. 150 de la Carta, y que su desempeño supone la competencia para ejercer por delegación atribuida funciones que conforme a aquélla son delegables por ley del Procurador General de la Nación "a los empleados de su inmediata dependencia" (C.N. art. 154-5). Así lo entendió la Corte mediante sentencia No. 16, de junio 15 de 1975, con la que se declararon exequibles los arts. 13, 14, 25 y 26 de la Ley 25 de 1974, orgánica de la Procuraduría General de la Nación, en lo que corresponde a las funciones de vigilancia administrativa, de juzgamiento disciplinario y de imposición de sanciones o de conminación para imponerlas, por parte de los procuradores delegados, incluído el Procurador Delegado para la Policía Nacional". (Sent. 15 de noviembre de 1984, Corte Suprema de Justicia, mag. ponente Dr. Manuel Gaona Cruz, op. cit, pág. 87; subrayas fuera del texto).

Igualmente ha dicho la Corte:

"Significa lo anterior que la procuraduría General de la Nación vigila con mayor poder, supervigila, a título de la más alta autoridad en la materia, la conducta de los empleados públicos y de los funcionarios, ejerciendo sobre ellos el poder disciplinario, directamente o suscitando la imposición de la sanción. Frente a la facultad disciplinaria que corresponde a la Procuraduría General de la Nación existe la facultad disciplinaria del superior mediato o inmediato del inferior, que lo facultad para mantener el orden interno a través de actos diversos... No son incompatibles una y otra facultad (C.J.2393, Tomos CLII y CLIII, pág. 86, magistrado ponente doctor José Gabriel de la Vega; op. cit., pág. 89).

Entonces es claro que el decreto-ley 1835 de 1979 contiene las normas pertinentes del régimen disciplinario interno para los miembros de la Policía Nacional, aplicables según las reglas que él señala por las autoridades en él indicadas. Es independiente del régimen **externo** que corresponde a la Procuraduría General y más concretamente al Procurador Delegado para la Policía Nacional.

De allí se infiere que la sentencia recurrida interpretó erróneamente los arts. 8o., 13 y 14 de la ley 25 de 1974 al enfrentarlos como contrapuestos a las disposiciones del decreto-ley 1835 de 1979 por cuanto no dio cabal inteligencia a las labores de supervigilancia y de cuidado de los deberes de los arts. 143 y 145 de la Constitución vigente entonces, atribuía a la Procuraduría y olvidando,

de paso, que el art. 150 de la misma da rango de dicha estirpe a los procuradores delegados.

Prospera este segundo cargo, y, con fundamento en esa prosperidad, ha de anularse la sentencia de 7 de marzo de 1984 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3o.) LA SENTENCIA DE INSTANCIA

El inciso final del art. 205 del C.C.A. expresa:

> "En caso de que el recurso prospere, la sala procederá a reponer la sentencia anulada".

Ya se recordó cómo para lo que hace a los recursos extraordinarios de anulación reconstruidos -como es el caso presente-, el art. 4o. del decreto 3835 de 1985 dice:

> "Si el recurso prospera, la Sala ordenará en la misma sentencia, siempre que ello fuere necesario, la reconstrucción del proceso a efecto de dictar la sentencia que debe sustituir a la anulada". (Subraya).

A folio 4 del expediente, la fotocopia autenticada del fallo del Tribunal muestra cómo la demanda que dio origen al proceso, como petición subsidiaría impetró no sólo la nulidad del decreto 1998 de 1980 dictado por el gobierno, sino también la de la providencia de 5 de mayo de 1980 expedida por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional. Y como de la narración de los hechos (fols. 5 a 8) se observa que el demandante endilga al segundo de los actos violación, al derecho de defensa porque en la instrucción del proceso disciplinario por parte de la Procuraduría se advierten diversas fallas, se deriva que se hace necesario reconstruir todo el proceso a efecto de proferir el fallo de instancia que sea del caso. Así ha de disponerse.

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

FALLA :

1o) **ANULASE** la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de marzo de 1984, en la acción de plena jurisdicción incoada por el señor Jorge Noel Barreto Rodríguez por conducto de apoderado.

2o.) **RECONSTRUYASE** el proceso en el cual se dictó la sentencia que se anula.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el Expediente al Despacho del Ponente. - Cúmplase.-

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO - Disolución

Para la fecha indicada se configuró la causal de disolución establecida para las organizaciones sindicales de trabajadores en el literal d) del artículo 401 del C.S. del T., la cual surte sus efectos desde el momento en que el sindicato respectivo deja de tener el mínimo de 25 afiliados, razón por la cual fué atinada la declaración de la Inspección Segunda, revocada por el acto acusado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruíz*

Referencia: Expediente No. 4819. Resoluciones Ministeriales. Actor: SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A. -SUMICOL-.

La sociedad SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A., por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a obtener la nulidad de la resolución 422 del 26 de octubre de 1989, proferida por la Jefatura de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, por medio de la cual se revocó la 299 del anterior 2 de agosto emitida por el Inspector 2o. de la Sección y la 357 que la confirmó en reposición, y en su lugar determinó que la organización sindical de trabajadores de base de aquella sociedad "cumple con los requisitos legales y estatutarios para desempeñarse como tal".

En los hechos de la demanda se relata, en lo pertinente, que la demandante solicitó a la Jefatura mencionada, el 14 de abril de 1989, una investigación administrativa tendiente a establecer el número de sus trabajadores afiliados a

la organización sindical denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DE SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A. -SINTRASUMICOL-; que la solicitud tendía a establecer aquel número el día 13 de febrero de 1989, así como la antigüedad de cada socio y si el sindicato durante su existencia había mantenido el número mínimo de 25 miembros establecidos en la ley y las renuncias a esa organización sindical; que la investigación le fué comisionada a la Inspección Segunda de Relaciones Colectivas de aquella División la que, una vez practicadas las pruebas, resolvió la solicitud por medio de la resolución 299 del 10 de agosto de 1989, en la cual determinó que el día 28 de febrero de 1989 el sindicato tenía 19 afiliados; esta agremiación los recursos de reposición y de apelación, habiéndose confirmado en la reposición por resolución 357 del 12 de septiembre siguiente, y luego revocado ambos actos administrativos al resolverse la apelación por el acto acusado; en el hecho décimo se afirma que mientras las resoluciones revocadas establecieron el número de afiliados al sindicato a 28 de febrero de 1989, la impugnada lo hizo a septiembre 17 siguiente y se relata la forma como el acto acusado efectuó los cómputos; que lo afirmado por el funcionario que hizo la investigación no fué desvirtuado por la resolución acusada y que a la fecha del acto impugnado el mencionado sindicato ya se había disuelto por faltarle el número mínimo de afiliados.

En el capítulo de las normas violadas se invocaron los artículos 401, 359, 393, 353, 12, 358 y 400, numeral 2, del Código Sustantivo del Trabajo, 44 de la Constitución Política anterior y el artículo 2o. de la ley 26 de 1976.

El concepto de la violación se hizo consistir, en síntesis, en que la Inspección Segunda de Relaciones Colectivas pudo comprobar que a 28 de febrero de 1989 SINTRASUMICOL sólo tenía 19 afiliados, por lo cual se configuró la causal de disolución establecida en el artículo 401 del C.S. del T., al reducirse a menos de 25 el número de afiliados exigido por el artículo 359 para constituirse o subsistir un sindicato; que la agremiación no tenía los libros que la ley le ordenaba llevar, no pudiendo probar sus actuaciones, razón por la cual el acto acusado admitió sucedáneos probatorios, violándose así las normas arriba citadas; que el acto acusado estableció el número de afiliados a 17 de septiembre de 1989, mientras que el Inspector que adelantó la investigación lo hizo a febrero 28 anterior; que la conclusión del acto acusado no es viable porque una vez disuelto, el sindicato deja de existir jurídicamente, sin necesidad de declaración judicial; que al resolverse el recurso de apelación, el superior no podía aclarar, modificar o revocar el acto principal con fundamento en hechos posteriores; que lo mas grave fué no haber aceptado las pruebas de la renuncia al sindicato que presentó el empleador, violándose los mandatos del artículo 400 del referido código laboral que le permiten a aquel recibir la comunicación que en ese sentido haga el trabajador.

SECCION SEGUNDA

El Ministerio Público en su concepto de fondo opinó que las pretensiones de la demanda debían prosperar, porque se demostró que a 28 de febrero de 1989 el sindicato mencionado no tenía el número suficiente de afiliados para subsistir y, en tales condiciones, las diligencias y actuaciones efectuadas por los trabajadores que permanecieron afiliados, como aprobación de nuevos socios, carecían de validez, pues la asamblea general de "reactivación" no tenía el quórum suficiente para "obtener una mayoría decisoria."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Verifica la Sala que, evidentemente, la Inspección Segunda de la Sección de Relaciones Colectivas que adelantó la investigación solicitada por la sociedad demandante, concluyó en la Resolución 299 (fl- 14) que ese "Despacho en la fecha en que se llevó a cabo la presente investigación estableció que el número de afiliados que tenía el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A. "SINTRASUMICOL" era de 19 socios." Y en el último considerando se consigna el nombre de los afiliados que todavía pertenecían a la organización sindical a 28 de febrero de 1989.

2. A su vez, al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la referida Resolución, la Jefatura de la Sección por medio del acto acusado tuvo en cuenta afiliaciones posteriores al 28 de febrero; así como la aprobación de socios a que se refieren las actas números 003 del 18 de junio de 1989 y 004 del 17 de septiembre siguiente (fl. 10) y no admitió como pruebas "Las presuntas renuncias aportadas por el ente empresarial .... por cuanto dicho (sic) ejercicio está fuera de la órbita, y las funciones de la empresa además el fenómeno de la desafiliación es un evento que se presenta solo por el querer del afiliado, o bien por el acto de expulsión que verifica la agremiación a que pertenece por cumplirse cualquiera de las causales estatutarias o legales, y en el evento *sub-júdice* no ocurrió el último evento descrito." (sic).

3. En torno al aspecto probatorio, la Sala considera, como lo advirtió la Inspección Segunda (fl. 13), que el hecho de que el empleador sea quien aporte la prueba de la renuncia al sindicato, no tiene nada de irregular y menos de ilegal, porque la comunicación que envíe el trabajador al empleador en ese sentido, la permite la ley entre otras razones, porque es este quien debe efectuar la retención del salario del trabajador por concepto de cuotas sindicales (art. 400, numeral 2 del C.S. del T.).

4. Ahora bien, teniendo en cuenta las renuncias al sindicato aportadas por el empleador y, además, las desvinculaciones de la empresa por renuncia al empleo o por terminación unilateral por parte de aquel, también observadas en la inspección judicial que ordenó practicar la Sala (cuaderno número 4.), se

tiene que el número de afiliados al sindicato a 28 de febrero de 1989 era de 19, en el mejor de los casos, vale decir, suponiendo que el trabajador HUGO ROMAN (fl. 155 vuelto) fuera miembro activo para esa fecha, ya que en dicha diligencia no quedó constancia de la fecha de su afiliación.

5. Para la Sala no hay duda, entonces, que para la fecha indicada se configuró la causal de disolución establecida para las organizaciones sindicales de trabajadores en el literal d) del artículo 401 del C.S. del T., la cual surte sus efectos desde el momento en que el sindicato respectivo deja de tener el mínimo de 25 afiliados, razón por la cual fué atinada la declaración de la Inspección Segunda, revocada por el acto acusado.

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

FALLA:

1o. DECLARASE que es nula la Resolución 422 del 26 de octubre de 1989, proferida por la Jefatura de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, que revocó las Resoluciones 299 del 2 de agosto y 357 del 12 de septiembre de 1989, proferidas por la Inspección Segunda de esa Sección.

2o. A título de restablecimiento del derecho DECLARASE que la sociedad SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A., no está obligada a tener como existente al Sindicato de Trabajadores de Suministros de Colombia S.A. -SINTRASUMICOL- con posterioridad al 28 de febrero de 1989, cuya personería Jurídica había sido reconocida mediante la Resolución 2924 de 1988 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO / ACTO DE CONVOCATORIA / ACTO ADMINISTRATIVO / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA

Y bien es sabido, que la competencia para la solución de los conflictos de trabajo, tanto del sector privado, como de los que surjan de las entidades oficiales de los servidores de éstas con calidad de trabajadores oficiales está asignada por la ley a la justicia ordinaria, según la preceptiva de los arts. 3 y 4 del C.S.T.; y 2 y 143 del C.P.L. Es necesario precisar, además, que la competencia de la Corte Suprema de Justicia no está determinada por el texto del laudo arbitral en sí, sino que se proyecta sobre la naturaleza misma del conflicto, el trámite que se haya dado, la integración del tribunal de arbitramiento, el término legal para proferir el laudo etc. Es decir, que la función de la Corte a través de este medio extraordinario de impugnación es muy amplia, ya que no se limita a comparar las disposiciones del laudo con los derechos reconocidos a las partes de la Constitución Política, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarlo, sino no lo afectaren, o para declararlo inexequible en caso contrario, sino que debe estudiar la irrregularidad del laudo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 8446 RESOLUCIONES MINISTERIALES Actor: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA -COMFAMA-.

Por auto de 9 de septiembre de 1993 (fl. 63) del cual fue ponente la magistrada, doctora Clara Forero de Castro, se inadmitió la demanda instaurada a través de apoderado, por la Caja de Compensación Familiar de Antioquia "COMFAMA" encaminada a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 00361 de 16 de febrero de 1993 (fl. 28) y 001574 de 19 de abril del mismo año (fl. 35), expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales, por la primera se revocó la resolución No. 000089 de 14 de enero de 1992 y se ordenó la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio para dirimir el diferendo laboral colectivo existente entre la Asociación de Trabajadores de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia "ASOTRACOMFAMA" y la Caja de Compensación Familiar de Antioquia "COMFAMA"; y por la segunda de las resoluciones, se integró dicho tribunal, designándose al efecto los árbitros, de las mencionadas caja y asociación, quienes una vez posesionados deben proceder a designar el árbitro tercero.

Para inadmitir la demanda se remite el auto a la Jurisprudencia reinante en esta Sección del Consejo de Estado (auto de 30 de marzo de 1993, exp. No. 6128) en la cual se considera que los actos que ordenan la convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio son actos de trámite que no pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque su control jurisdiccional corresponde al Juez que tiene la competencia para conocer del laudo arbitral, puesto que esos actos apenas constituyen el inicio de la etapa final del diferendo laboral que terminara con el fallo, de obligatorio cumplimiento para las partes en conflicto, y para no escindir el control jurisdiccional sobre el diferendo corresponde en consecuencia el conocimiento de la totalidad del proceso a la jurisdicción ordinaria, sobre lo cual la Corte Suprema de Justicia es de igual criterio.

Contra dicho auto el apoderado de la Caja de Compensación Familiar, interpone recurso ordinario de súplica para que se revoque y, en su lugar, se admita la demanda.

Empieza el apoderado recurrente por referirse a que los artículos 82 y 83 del C.C.A., disponen que son objeto de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo los actos que expidan las autoridades administrativas. Y como actos administrativos definitivos son aquéllos que según el artículo 50 de la misma codificación, le ponen fin a una actuación administrativa y de conformidad con el artículo 49 *ibídem*, se establece que no hay recursos contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución, excepto en los casos previstos en forma expresa, deduce, que el hecho de que contra las resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre convocatoria de tribunal de arbitramento quepan los recursos propios de la vía gubernativa, enseña una de dos cosas: o se trata de

actos administrativos definitivos, o se trata de actos de trámite, que por excepción son objeto de los recursos administrativos. Cuestión, que dice, hay que dilucidar.

Se refiere luego el recurrente, a que de conformidad con el artículo 143 del C.P.L corresponde al juzgador de homologación como tarea única y exclusiva la de verificar la regularidad del laudo, mas no ser juez de legalidad sobre los actos propios de la actividad de la administración que corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social frente a los conflictos laborales.

Por eso, decir que una resolución de convocatoria de tribunal de arbitramento obligatorio es un mero acto de trámite es confundir la función administrativa propia de la rama ejecutiva con el trámite procedimental que se cumple en desarrollo del conflicto.

Y, por último- dice, que de la confrontación de los artículos 452 del C.S.T. (subrogado por el artículo 34 del decreto ley 2351 de 1965), en concordancia con el artículo 3o. de la ley 48 de 1968, numeral 2o., se concluye que la convocatoria del tribunal de arbitramento por parte del Ministerio de Trabajo, no es una simple intervención de la administración en un procedimiento de tipo laboral, sino el ejercicio de funciones propias del Estado, que de conformidad con la nueva Carta Política (art. 55) al tomar tal decisión debieron analizarse los antecedentes de hecho y de derecho y, por lo tanto, no se está profiriendo un simple acto de trámite, sino una verdadera decisión de carácter definitivo, que pone fin a la actuación que corresponde a dicho Ministerio.

Así las cosas, arguye, si la justicia contencioso administrativa no es competente para conocer del acto de convocatoria de un tribunal de arbitramento y, si por otro lado, el juez de la homologación no es competente para conocer sobre la legalidad de un acto proferido por una autoridad administrativa, se llegaría a la odiosa situación de que el acto no sería susceptible de juzgamiento, lo que iría contra los principios de legalidad y juridicidad propios del Estado de derecho.

SE CONSIDERA:

Las resoluciones impugnadas proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que llevaron a la convocatoria e integración de un tribunal de arbitramento obligatorio, a pesar de constituir actos administrativos, hacen parte, desde luego, de la actuación que se originó con la petición elevada por el sindicato de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia, demandante en el presente asunto, y que culminará con la sentencia que dicte la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia al conocer del recurso extraordinario de homologación, es decir, que el juzgamiento de tales actos administrativos corresponde a la Justicia ordinaria.

Este criterio ha sido reiterado tanto por dicha Corte como el Consejo de Estado, como así aparece en la providencia invocada en el auto suplicado, puesto que de conformidad con el artículo 461 del C.S.T. el efecto jurídico del laudo arbitral es ponerle fin al conflicto laboral y tiene desde luego el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo se refiere.

Y bien es sabido, que la competencia para la solución de los conflictos de trabajo, tanto del sector privado, como de los que surjan en las entidades oficiales de los servidores de éstas con calidad de trabajadores oficiales está asignada por la ley a la justicia ordinaria, según la preceptiva de los artículos 3 y 4 del C.S.T.; 2 y 143 del C.P.L.

Es necesario precisar, además, que la competencia de la Corte Suprema de Justicia no está determinada por el texto del laudo arbitral en sí, sino que se proyecta sobre la naturaleza misma del conflicto, el trámite que se le haya dado, la integración del tribunal de arbitramento, el término legal para proferir el laudo etc. Es decir, que la función de la Corte a través de ese medio extraordinario de impugnación es muy amplia, ya que no se limita a comparar las disposiciones del laudo con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución Política, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarlo, sino no lo afectaren, o para declararlo inexequible en caso contrario, sino que debe estudiar la regularidad del laudo.

Las anteriores razones son suficientes para que la Sala de Decisión confirme la providencia suplicada.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

Confirmar el auto suplicado de 9 de septiembre de 1993.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Diego Younes Moreno, Alvaro Lecompte Luna, Joaquín Barreto Ruíz, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / ACTO DE CONVOCATORIA. (Salvamento de Voto)

Conforme a los dispuesto en los arts. 82 y 83 del C.C.A., es esta 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 a desvirtuando la presunción de legalidad de esos actos. Entratándose del arbitramiento obligatorio, lo que hacen los árbitros y lo que juzgue 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 de Trabajo y Seguridad Social, cuyo censor de legalidad no puede ser otro que esta jurisdicción; no la ordinaria.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Con todo respeto debo consignar mí disentimiento de la tesis mayoritaria adoptada por la Sala de Decisión, por las siguientes razones:

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 esa 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 1.989, 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 2o. 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 ese estatuto.

Por su parte, el artículo 143 del C.P.L., en el cual se apoya el auto suplicado, reza:

SECCION SEGUNDA

"HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES.- El laudo que profiera 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 al de su notificación. El tribunal, dentro del término de cinco días, **verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, 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 afecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido".

Es menester observar, entonces, que la tarea que en estos casos le asigna el legislador a la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), es la de "VERIFICAR 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 1.965, 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 3o. 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 están afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de estos, los trabajadores en asamblea general, podrá 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 en la forma que se determina más adelante. El ministro del Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de estos, 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 el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo. (Se destaca en negrillas).

Como es sabido, el numeral 3 del mismo estatuto dispone como se compone o integra 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 elemental 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 al 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 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 la 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 esos 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 Ministro del Trabajo y Seguridad Social, cuyo censor de legalidad no puede ser otro que esta jurisdicción; no la ordinaria.

No sobra destacar que en el auto recurrido se hace 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 "; mas no examina, -ni puede hacerlo-, la legalidad del acto de convocación del tribunal, proferido por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Por eso mismo, cuando la providencia en cuestión se refiere al tema del agotamiento de la vía gubernativa, para sostener como argumento en favor de su tesis que el hecho de que el trabajador oficial tenga que agotarla previamente al ejercicio de su acción ante la jurisdicción ordinaria no implica que el juez de lo contencioso administrativo tenga que resolver la legalidad de la resolución mediante la cual se agotó aquélla, en realidad la situación es distinta y no tiene ninguna analogía con la planteada en el caso en estudio, porque de lo que se trata en este supuesto es de que la entidad oficial obra, para resolver el pedimento del trabajador oficial, en su calidad de empleador o patrono; mientras que en el evento que dio lugar a este proceso, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no tiene la calidad de empleador o patrono de los trabajadores involucrados en el conflicto mencionado, sino que obra como entidad Pública, a la que la Ley 48

de 1968 le dio la atribución, potestad o competencia para convocar tribunales de arbitramento obligatorio.

Por consiguiente, con fundamento en estos razonamientos, estimo que ha debido revocarse el auto suplicado y en su lugar, admitirse la demanda,

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

CARRERA JUDICIAL / CONVOCATORIA A CONCURSO / DERECHO DE PREFERENCIA / REINTEGRO - Improcedencia / PERIODO JUDICIAL / INDEMNIZACION / AJUSTE DE VALOR

Como de conformidad en el Art. 22 del decreto 052 de 1987 la convocatoria es norma reguladora y obligatoria de todo concurso, se concluye que el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Quindío estaba obligado a observar estrictamente lo dispuesto en dicha convocatoria, que él mismo había proferido y que por lo tanto debía considerar "en primer lugar el nombre" del actor por encontrarse escalafonado en el cargo y haber participado en el concurso, como quedó probado en el proceso. La convocatoria advierte que si el tribunal decide no elegir a quien está escalafonado en el cargo y que participÓ en el concurso para él, debía luego someter a consideración el nombre de otro u otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional. El derecho de preferencia respecto al actor se cumplió por cuanto su nombre fue puesto a consideración en el acto de su elección. Sin embargo, cabe señalar que no es lo mismo decidir el nombramiento de un solo candidato, que elegir a uno que entre dos, pues mientras en el primer caso el juicio de valor se dirige respecto de una sola persona son paralelo con otra, en el segundo caso el juicio no es solo evaluativo sino además comparativo entre dos o mas personas, lo cual puede conducir a un resultado bien diferente. Le asiste razón al actor en cuanto a su retiro de servicio se produjo sin la observancia de las normas sobre convocatoria, la cual conforme a la ley es una norma obligatoria y reguladora de todo concurso. Sin embargo a la fecha de la presente sentencia, el período judicial comprendido entre el primero de septiembre de 1989 y el 31 de agosto de 1991 para el cual se ordenó el reintegro del actor, ya venció, la sentencia del tribunal también se modificará en este sentido, debiéndose denegar

esta petición demandatoria. Igualmente, el cumplimiento del art. 128 de la C.N., al actor deberán deducirle todas aquellas sumas de dinero percibidas por concepto de vinculación laboral en el período judicial en que no fue reelegido. En cuanto al ajuste monetario pedido en el punto sexto de la demanda, respecto del valor de las mesadas de la asignación de retiro que legalmente se le adeudan al accionante, a la luz de lo dispuesto en el art. 178 C.C.A. y como lo ha sostenido la sala en distintos fallos, entre ellos el fechado de 25 de febrero de 1993, expediente 1396, Consejera Ponente: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, procede reconocerlo, pues se trata de una suma fija depreciada en el transcurso del tiempo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5537 Actor: SAMUEL RAMOS HERRERA. ACTOS DEPARTAMENTALES.

SAMUEL RAMOS HERRERA solicita se declare la nulidad parcial del Acta No. 05 de 1990 y del Acuerdo No. 04 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia del 12 de febrero de 1990 actos en los cuales consta que no fue reelegido como Juez 2o. Superior de dicho Distrito Judicial a pesar de haber superado el correspondiente concurso, tener la prerrogativa de ser el titular en propiedad y hallarse inscrito en la carrera judicial, no registrar antecedentes disciplinarios y no tener dos calificaciones insatisfactorias.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo del Quindío mediante sentencia accedió a declarar la nulidad de los actos acusados por considerar que el Tribunal del Distrito Judicial de Armenia violó la ley, el Acuerdo No. 19 de 1988 y la convocatoria, al haber efectuado la elección mediante la propuesta simultánea de los nombres tanto del actor como de otro funcionario judicial que luego resultó electo, puesto que ha debido primero someter a consideración aisladamente el nombre del titular del cargo a proveer que lo era el demandante, y luego si en caso de no ser éste reelegido, someter a consideración el nombre de otro u otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional.

SECCION SEGUNDA

EL RECURSO:

El juez electo mediante el anterior procedimiento, tercero interviniente, interpuso el recurso de apelación por estimar que lo expuesto por el Tribunal Administrativo no ocurrió en esa forma, pues de la lectura del acta se concluye que en el momento de la elección primero se hizo mención del nombre del actor y al proponerse el otro nombre, resultó éste favorecido.

Agrega que ni en el Artículo 67 del Decreto 2400 de 1986, ni en el Acuerdo 19 de 1988, ni en la convocatoria al concurso aparece consignado que la consideración con respecto al titular o candidatos debe realizarse en forma separada y que además el Artículo 67 del Decreto 2400 de 1986 que se dice violado habla sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 3 de marzo de 1987 y jamás el Artículo 142 del Decreto 52 de 1987 podía revivirlo.

Afirma el recurrente que en el fallo se expresa que el Tribunal Superior de Distrito Judicial dió aplicación al Artículo 29 del Decreto 52 de 1987, ya que se basó en el sistema de méritos, pero olvidando que la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 25 de junio de 1987 declaró inexequibles las frases "en estricto orden de resultado" y "en riguroso orden de mérito".

Concluye que su elección se ajustó a la ley porque no se le desconoció el derecho al titular del cargo a proveer de ser postulado, y de otra parte, él reunía todos los requisitos legales para ser designado, y el Tribunal a su vez ejercía la potestad nominadora dentro del contexto legal ya que no estaba obligado a reelegir a aquél.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El **Fiscal Cuarto** del Consejo de Estado concluye que el fallo debe confirmarse por cuanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el proceso de la elección no observó la preceptiva legal y fue así como no se consideró en primer término el nombre del actor y en forma separada y luego sí el del otro concursante, dejándose en estas condiciones de observar la ritualidad consagrada en el Artículo 1o. del Acuerdo 19 de 1988.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Como el Tribunal Administrativo para declarar la nulidad de los actos acusados se fundamentó en que el Tribunal en el acto de la elección de Juez 2o. Superior no sometió a consideración de la Sala en primer término y en forma separada el nombre del actor por ser el titular del cargo, sino que propuso

simultáneamente los nombres de los dos candidatos, y el recurrente afirma que en realidad esto no ocurrió, porque el Tribunal sí sometió a consideración en primer lugar el nombre del titular del juzgado, deberá examinarse este aspecto y confrontarse a su vez con la normatividad que se estimó violada con el objeto de establecerse si hubo transgresión a la ley o a los reglamentos.

2) El Acta No. 005 del día 12 de febrero de 1990 del Tribunal Superior del Distrito Judicial, en donde se relata la elección acusada, en su parte pertinente expresa:

> ".... Seguidamente los Srs. Magistrados deliberan sobre el sistema a seguir para esas elecciones y la clase de votación, concluyendo que debe empezarse por los Srs. Jueces Superiores de Armenia, para continuar con los Penales del Circuito y así sucesivamente; que las votaciones deben ser secretas como lo disponen los arts. 62 del Decreto 250/70, 14 del Decreto 1660/78, y 81 del Reglamento Interno del Tribunal, y que las mismas deben hacerse por separado para cada cargo, esto es, que no comprendan bloques de Juzgados por especialidad, sino uno por uno. Empezando por el Juzgado 1o. Superior de Armenia, dice el Sr. Presidente que el titular es el Dr. Aldinever Rivera Echeverri, y propone que se delibere sobre el mismo, con sujeción al art. 80 del Reglamento Interno de la Corporación, por lo cual así se procedió, y transcurrido un término prudencial, designó ESCRUTADORES a los Drs. Jaime Cárdenas Urrea y Oscar Montes Salazar. Efectuada la Votación con ceñimiento a las normas antes referidas, dió el siguiente RESULTADO: Por el Dr. ALDINEVER RIVERA ECHEVERRY,. OCHO (8) VOTOS A FAVOR, igual al total de los S s. (sic) Magistrados que integran el Tribunal y que se hayan (sic) presentes; quedando así legalmente elegido por unanimidad y en PROPIEDAD para el cargo de JUEZ 1o. SUPERIOR DE ARMENIA, y para el resto del actual período Constitucional que se inició el 1o. de septiembre de 1989. A continuación y para el cargo de Juez 2o. Superior de Armenia, se PROPONEN el actual titular de ese Despacho, DR. SAMUEL RAMOS HERRERA, y el DR. CARLOS ALBERTO VARELA RAMIREZ, actual Juez 1o. Penal del Circuito de Calarcá, quien concursó para Juez Superior y aprobó, hallándose en la lista de elegibles, donde ocupa el primer puesto con puntaje de 78.50. -Previa deliberación sobre los Candidatos se efectuó la votación que arrojó este RESULTADO: SEIS (6) VOTOS a FAVOR DEL DR. CARLOS ALBERTO VARELA RAMIREZ, y DOS (2) VOTOS FAVORABLES AL DR. SAMUEL RAMOS HERRERA, por lo cual resultó elegido por mayoría el DR. CARLOS ALBERTO VARELA RAMIREZ para ese cargo de JUEZ 2o. SUPERIOR DE ARMENIA en PROPIEDAD." (se subraya)

3) De la lectura total y literal del acta y en especial de la parte transcrita se concluye que efectivamente en el acta consta que los integrantes de la Corporación, tomaron la decisión de efectuar las designaciones de los jueces por separado para cada cargo sin que quedaran comprendidos bloques de juzgados.

Aunque en el acta no consta que se haya tomado también la decisión de considerar individualmente a cada uno de los candidatos para cada uno de los juzgados, se observa que esto sí ocurrió en unos casos como en el de la elección del juez primero superior, si es que existían mas candidatos porque en el acta no se relatan mas hechos, y en forma simultánea el del juzgado segundo superior, puesto que se propusieron a un mismo tiempo el del titular y el del otro candidato.

No otra cosa se puede concluir cuando en el acta se dice que para el cargo de Juez 2o. Superior de Armenia "se **proponen** el actual titular de ese despacho el Dr. Samuel ramos Herrera y el Dr. Carlos Alberto Varela Ramírez..." y "**previa deliberación sobre los candidatos se efectuó la votación que arrojó este resultado**: seis (6) votos a favor del Dr. Carlos Alberto Varela Ramírez y dos (2) votos favorables al Dr. Samuel Ramos Herrera..."

No hay duda que los nombres del demandante y su reemplazo se propusieron simultáneamente.

4) Aunque el artículo 67 del Decreto 2400 de 1986 según el cual el funcionario Judicial inscrito en carrera tiene derecho a ser designado nuevamente si obtuvo calificaciones satisfactorias y no fue sancionado disciplinariamente, continuó vigente por mandato del artículo 142 del Decreto 052 de 13 de febrero de 1987, debe tenerse en cuenta que esa vigencia solo la mantuvo unos pocos días porque el día 3 de marzo de 1987 la Corte Suprema de Justicia lo declaró inconstitucional, y como la elección de jueces objeto del presente litigio se produjo el día 12 de febrero de 1990, debe tenerse en cuenta que tal disposición no regía en ese momento.

Sin embargo, como el actor la invoca como violada y el Tribunal Administrativo admite su vigencia para el momento de la elección, conviene señalar que dicho artículo 67 del Decreto 2400 de 1986 no podía ser transgredido por cuanto el día 12 de febrero de 1990 fecha de la elección no se encontraba vigente, como se acaba de anotar.

5) La convocatoria para concurso de la carrera judicial para ingreso a cargos de jueces se efectuó por el Consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial de Armenia conjuntamente con el Tribunal Superior, y en lo que al

presente debate judicial se refiere se plantearon 5 opciones de inscripción al concurso, así como los correspondientes parámetros que se debían observar para la elección impugnada, en la siguiente forma:

"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.

OPCION 2.- Juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo y simultáneamente aspire a otro cargo en la misma especialidad y Distrito.

OPCION 3.- Juez escalafonado que proceda de otro Distrito.

OPCION 4.- Juez escalafonado que aspire a cambiar de especialidad.

OPCION 5.- Abogado o Juez no escalafonado que se inscriba al concurso.

"(...)"

VIII ELECCION:

El Tribunal elegirá 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 dicho 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.

3.- 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.

PARAGRAFO: No podrá elegirse como Juez a persona en relación con la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta pública o privada." (se subraya)

6) El Artículo 22 del Decreto 052 de 1987 preceptúa:

"ARTICULO 22: La convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo concurso y se divulgará mediante aviso que deberá contener las generalidades del empleo, requisitos, documentos exigidos, características y demás informaciones pertinentes." (se subraya)

7) Como de conformidad con el Artículo 22 del Decreto 052 de 1987 "la convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo concurso", se concluye que el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Quindío estaba obligado a observar estrictamente lo dispuesto en dicha convocatoria, que él mismo había proferido y por lo tanto debía considerar "en primer lugar el nombre" del actor por encontrarse escalafonado en el cargo y haber participado en el concurso, como quedÓ probado en el proceso.

8) La convocatoria advierte que si el tribunal decide no elegir a quien esta escalafonado en el cargo y que participo en el concurso para el, debía luego someter a consideración el nombre de otro u otros funcionarios de la rama jurisdiccional.

9) Debe observarse que ni la nación ni el tercero interviniente desvirtuaron en el proceso este hecho puesto que bien podrían en vía de ejemplo haber demostrado que lo dicho en el acta obedeció a un error en la redacción de ella. Sin embargo nada se probó al respecto.

10) Conviene además señalar que en principio podría afirmarse que el derecho de preferencia respecto del actor se cumplió por cuanto su nombre fue puesto a consideración en el acto de la elección. Sin embargo, cabe señalar que no es lo mismo decidir el nombramiento de un solo candidato, que elegir a uno de entre dos, pues mientras en el primer caso el juicio del valor se dirige respecto de una sola persona sin paralelo con otra, en el segundo caso el juicio es no solo evaluativo sino además comparativo entre dos o mas personas, lo cual puede conducir a un resultado bien diferente.

11) Examinando otros apartes del acta para encontrar el verdadero alcance de las sesión, quedan dudas de si para la elección de otros jueces como

los del Circuito Civil se propusieron otros candidatos o resultaron electos como consecuencia de una única presentación, pues allí no consta que ellos hayan sido elegidos por unanimidad, en competitividad con otros. Textualmente dice el Acta:

> "Para jueces del circuito de Armenia fueron PROPUESTOS los actuales titulares, y verificadas las votaciones, dieron estos resultados: JUEZ 1o. CIVIL DEL CIRCUITO Dr. CAMILO ARNOBI MORALES GIRALDO, OCHO (8) VOTOS A FAVOR. Dra. GLORIA SOFIA MEJIA DE QUINTERO, JUEZ 3o. CIVIL DEL CIRCUITO, OCHO (8) VOTOS A FAVOR, por lo cual resultaron elegidos por unanimidad."

Por lo tanto se concluye que el procedimiento adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia según el acta 05, fue discutible y deja que desear en cuanto al cumplimiento de la convocatoria en la parte que se impugna.

12) El Tribunal Administrativo señala además como violado el Artículo 1o. del Acuerdo No. 19 de 27 de junio de 1988, el cual transcribe, pero sin expresar su procedencia y sin precisar si se trata de una norma de alcance nacional o local.

Sin embargo como el actor en la demanda no invoco como violado y ésta es una jurisdicción rogada, no habrá lugar al examen de dicha disposición, debiéndose modificar el fallo por este aspecto.

Conforme a lo anterior se concluye que le asiste razón al actor en cuanto a que su retiro del servicio se produjo sin la observancia de las normas sobre convocatoria, la cual conforme a la ley es una norma obligatoria y reguladora de todo concurso.

Sin embargo como a la fecha de la presente sentencia, el período judicial comprendido entre el primero de septiembre de 1989 y el 31 de agosto de 1991 para el cual se ordenó el reintegro del actor, ya venció, la sentencia del Tribunal también se modificara en este sentido, debiéndose denegar esta petición demandatoria.

Igualmente, en cumplimiento del artículo 128 de la C.N. al actor deberán deducirle todas aquellas sumas de dinero percibidas por concepto de vinculación laboral en el período judicial en que no fue reelegido.

En cuanto al ajuste monetario pedido en el punto sexto de la demanda, respecto del valor de las mesadas de la asignación de retiro que legalmente se

le adeudan al accionante, a la luz de lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. y como lo ha sostenido la sala en diversos fallos, entre ellos el fechado el 25 de febrero de 1993, expediente No. 1396, Consejera Ponente Doctora Dolly Pedraza de Arenas, procede reconocerlo, pues se trata de una suma fija depreciada por el transcurso del tiempo.

Para ello se acudirá al sistema y formula que ha venido siendo utilizado de tiempo atrás por la Sección Tercera de la Corporación, según los cuales el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico(Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de ejecutoria del ultimo acto acusado) así;

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

o en otros términos Rh X índice final = este total se divide por el índice inicial

De manera que la suma fija que resulte de sumar todo lo dejado de percibir por el actor entre el día 1o. de marzo de 1990 hasta el día 31 de agosto de 1991, será el valor Rh o valor histórico. (fl. 74).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR EL FALLO DEL DIEZ DE DICIEMBRE DE 1990 PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDIO PROCESO No. 2387 PROMOVIDO POR SAMUEL RAMOS HERRERA, SALVO EL NUMERAL 3o. EN CUANTO ORDENA SU REINTEGRO, POR CUANTO EL PERIODO JUDICIAL A LA PRESENTE FECHA SE HALLA AMPLIAMENTE VENCIDO, Y EL CUAL SE REVOCA.

SEGUNDO: El numeral 3o. quedara así: La Nación pagara al Dr. Samuel Ramos Herrera todos los salarios y prestaciones dejados de percibir entre el 1o. de marzo de 1990 y el 31 de agosto de 1991 y tendrá como tiempo servido para todos los efectos legales, este lapso de tiempo. La liquidación de estos valores se hará conforme a la fòrmula descrita en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: La Nación deducirá todas aquellas sumas de dinero percibidas por el actor entre la fecha de su retiro del servicio como Juez 2o. Superior y el día 31 de Agosto de 1991 y que el estado o una entidad oficial haya pagado por su vinculación laboral, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 128 de la C.N.

CUARTO: La Nación dará cumplimiento a la presente sentencia en el termino señalado en el artículo 177 del C.C.A. y, en caso de falta de pago oportuno, reconocerá al señor SAMUEL RAMOS HERRERA, intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término.

QUINTO: En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Discutida por la Sala el día cuatro(4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres(1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora,(aclaró voto) *Alvaro Lecompte Luna,* (ausente), *Dolly Pedraza de Arenas,* (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO / JUNTA DIRECTIVA - Inscripción / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES

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 dichas acciones tienen sus propias características y persiguen fines específicos. Se cuestiona el acto de inscripción de la Junta Directiva de la organización sindical, elegida según la demanda con desconocimiento del derecho de las minorías, es decir vulnerando derechos particulares de afiliados que no hacen parte del grupo mayoritario que impuso la elección, se trata por tanto de una acción interpuesta en defensa de derechos particulares que de conformidad con la teoría de los motivos y finalidades corresponde a la acción subjetiva de nulidad y restablecimiento del derecho, no a la objetiva de simple-nulidad, y por ello debe incoarse dentro del término previsto por la ley so pena de su caducidad.

ACTO DE INSCRIPCION / NOTIFICACION / CADUCIDAD

La notificación se entiende efectuada con el acto de inscripción, es decir, en este asunto, en la fecha en que fue proferido el auto acusado, el 11 de mayo de 1989, por ser un acto que se encuentra regido por el artículo 44 del C.C.A., que a la letra dice: "No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación". Ordenada, pues, la inscripción de la Junta Directiva Nacional el 11 de mayo de 1989 y presentado el escrito demandatorio ante el Consejo de Estado el 4 de septiembre

de 1990, es necesario concluir que el *libelo* fue instaurado ante esta Corporación de manera extemporánea, circunstancia que impide que la jurisdicción Contencioso Administrativa pueda avocar el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda, dando lugar, por ende, a una decisión inhibitoria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 5279. ACTOS MINISTERIALES. Actor: HELMER DE JESUS BETANCOURTH Y OTRO.

Helmer De Jesús Betancourth y Silvio Giraldo Sánchez, actuando en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A, presentaron demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad del auto No. 196 del 11 de mayo de 1989 emanado de la Inspección Novena Colectivos de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca Sección Relaciones Colectivas, mediante el cual se ordena la inscripción por conducto de la Sección de Archivo Especializado de la División de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria y sus Filiales elegida en asamblea nacional de delegados llevada a cabo el día 30 dé marzo de 1989 en la ciudad de Cali (folio 21 cdno. ppal.).

Como hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones (folios 21 a 23 *ibídem*), manifiestan que la referida organización sindical es de primer grado y de base de ámbito nacional, con personaría jurídica y cuyo domicilio es la ciudad de Bogotá; que el sindicato tiene como máxima autoridad estatutaria a la asamblea nacional de delegados integrada por el Presidente, Fiscal, Directivo Nacional o tercer delegado perteneciente a cada una de las respectivas seccionales, la cual dentro de sus atribuciones elige una Junta Directiva Nacional integrada por 20 miembros para un período de tres años; que en la ciudad de Cali el día 30 de marzo de 1989 en sesión de la asamblea nacional de delegados, el sindicato y sus filiales ejecutó el acto de elección de su Junta Directiva Nacional para un período estatutario de tres años; que el acto de elección aludido se realizó en forma nominal, es decir, eligiendo uno a uno, integrante por integrante, hasta constituir la totalidad de los 20 miembros de la mencionada junta; que dicha manera como los signatarios de la asamblea orientaron la elección procedió no obstante que con antelación algunos de los delegados habían debatido que para efectos de la elección de las Juntas Directivas Sindicales necesariamente

debía aplicarse el sistema del cuociente electoral, a través de la inscripción de planchas que garantizaran la representación de las minorías, a pesar de que los estatutos sindicales establecieran cosa distinta sobre el tópico; que como las inquietudes expuestas por algunos de los delegados formuladas al respecto no fueron atendidas por parte de los directores del debate, el delegado Henry Loaiza se vio obligado a dejar una constancia; que la documental a que hace referencia el artículo 11 del decreto reglamentario 1469 de 1978 fue presentada por la organización sindical y sus filiales ante la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca el día 6 de abril de 1989, para fines de la inscripción de la Junta Directiva Nacional elegida; que habiendo correspondido por reparto el estudio de los documentos pertinentes para efectos de la inscripción a la Inspectora Novena Colectivos, no obstante la palmaria irregularidad jurídica que en ellos se establece, de manera inaudita se procedió a ordenar la inscripción; que habiéndose hecho la petición de votación secreta para definir la propuesta sobre aplicación del cuociente electoral, como se afirma en el hecho 6 de la demanda, el Presidente de la asamblea nacional de delegados no la decretó, motivo por el cual el propio acto de elección de la Junta Directiva Nacional está viciado de nulidad.

Como disposiciones violadas el libelo cita los artículos 12, 353, 391 y 392 del Código Sustantivo del Trabajo; 11 ordinal a) del decreto 1469 de 1978; 84 del C.C.A. (folio 23 *ibídem*).

Al exponer el concepto de la violación los demandantes, con relación a la decisión de fondo (folios 28 a 31 *ibídem*), afirman que como bien se desprende del contenido del acta de elección, sin el más mínimo riesgo de equivocación, el estamento directivo nacional había sido elegido en forma nominal, en contravía de expreso mandato legal; que no es de recibo jurídico la interpretación acomodaticia del convenio No. 87 de la OIT aprobado por la ley 26 de 1976, en el sentido de que las organizaciones de trabajadores son absolutamente autónomas para redactar sus estatuto y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus voceros, el de organizar su administración y sus actividades, y el de formular sus programas de acción, de tal manera que les sea lícito rebasar el ordenamiento jurídico existente en nuestro país; que los principios consignados en el citado convenio, deben sujetarse a los términos establecidos Por la Constitución y las leyes; que si a un sistema de elección de Juntas Directivas Sindicales arbitrario, únicamente con la argumentación de que hace parte de normatividad estatutaria, se le da vía libre, se estaría con ello invirtiendo la jerarquía normativa de nuestro sistema de derecho en materia grave; sí el estatuto sindical contempla un sistema de elección a todas luces ilegal, se presume entonces su inexistencia, para darle vía al imperio de la ley; que el sistema de elección aplicado en este caso está inocultablemente dirigido a perpetuar en los cargos de significación a ciertos dirigentes sindicales, todo ello con menoscabo

de inalienables derechos que asisten a los sindicalizados en general y a los que afortunadamente protege nuestro sistema de derecho con el sistema del cuociente electoral; que en conclusión, el funcionario del trabajo hace caso omiso de las irregularidades sometidas a su estudio, como requisito para que se procediera a la inscripción de rigor, por lo que el acto administrativo enjuiciado está viciado de nulidad y que además lo es por la causal de falsa motivación; que el evento de la elección que protocoliza el acto impugnado, además está viciado de nulidad, ya que no se atendió lo solicitado por los delegados Bernardo Grajales y Henry Loaiza; que el presente contencioso popular de nulidad conlleva el propósito de tutelar el orden jurídico y la legalidad.

Se pidió asimismo en el escrito introductorio la suspensión provisional del acto acusado (folios 28 y 29 *ibídem*), la cual fue denegada mediante auto del 19 de diciembre de 1990 (folio 38 a 42 *ibídem*), por las razones allí consignadas.

La doctora Fiscal, Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo (folios 62 a 72 *ibídem*), opina que en el caso *sub-examine* está demostrado que la elección de la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria S.A- y sus Filiales no fue hecha por listas o planchas, sino en forma unipersonal por los asistentes, de candidatos presentados para cada cargo a proveer en el mismo momento de la votación, infringiéndose así el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo; que así las cosas, en este asunto se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, por lo que resulta viable su anulación.

Surtido el trámite de rigor y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del auto No. 196 del 11 de mayo de 1989 dictado por la Inspectora Novena Colectivos de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca (folio 1 cdno. ppal.), mediante el cual se ordena la inscripción por conducto de la Sección de Archivo Especializado de la División de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de la Junta Directiva Nacional del Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria y sus Filiales, elegida en asamblea nacional de delegados efectuada el día 30 de marzo de 1989 por un período de tres años.

Como lo ha expresado el Consejo de Estado en otras oportunidades, 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 dichas acciones tienen sus propias características y persiguen

fines específicos.

El artículo 85 del C.C.A. establece la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual tiene sus rasgos propios que la diferencian de la simple nulidad regulada en el artículo 84 *ibídem*.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se caracteriza fundamentalmente porque tiene como objetivo el restablecimiento del derecho desconocido por el acto administrativo enjuiciado. Existe un interés particular que debe tutelar la acción para subsanar el perjuicio causado por el acto administrativo particular que infringe una disposición superior protectora de un derecho subjetivo; mientras que 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 de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el caso que ocupa a la Sala, se cuestiona el acto de inscripción de la Junta Directiva de la organización sindical, elegida según la demanda con desconocimiento del derecho de las minorías, es decir vulnerando derechos particulares de afiliados que no hacen parte del grupo mayoritario que impuso la elección, se trata por tanto de una acción interpuesta en defensa de derechos particulares que de conformidad con la teoría de los motivos y finalidades corresponde a la acción subjetiva de nulidad y restablecimiento del derecho, no a la objetiva de simple nulidad, y por ello debe incoarse dentro del término previsto por la ley so pena de su caducidad.

En el caso *sub-judice*, a folio 1 del cuaderno principal aparece copia tomada de su original del auto enjuiciado en el que se ordena la inscripción de la Junta Directiva Nacional del Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria y sus Filiales que tiene fecha de 11 de mayo de 1989. Y a folio 2 *ibídem* aparece una constancia suscrita por la Inspectora Novena de Trabajo Sección Relaciones Colectivas en la que se destaca que el día 6 de abril del referido año y bajo el número 08308 la citada organización sindical presentó la documentación pertinente para efectos de la inscripción ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de la Junta Directiva Nacional elegida en asamblea nacional de delegados el 30 de marzo de 1989 y que cumplidos los trámites de rigor, se dictó el referido auto, el cual no está sometido a ninguna clase de notificación, sino que simplemente se envía copia del mismo a la Sección de Archivo Especializado de Relaciones Colectivas de ese Ministerio para la correspondiente inscripción.

Precisa la Sala que la notificación se entiende efectuada con el acto de inscripción, es decir, en este asunto, en la fecha en que fue proferido el auto

acusado, el 11 de mayo de 1989, por ser un acto que se encuentra regido por el artículo 44 del C.C.A., que a la letra dice:

> "No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación."

Ordenada, pues, la inscripción de la Junta Directiva Nacional el 11 de mayo de 1989 y presentado el escrito demandatorio ante el Consejo de Estado el 4 de septiembre de 199 (folios 32 vuelto y 33 *ibídem*), es necesario concluir que el *libelo* fue instaurado ante esta Corporación de manera extemporánea, circunstancia que impide que la jurisdicción Contencioso Administrativa pueda avocar el estudio de fondo de dando lugar, por ende, a una decisión inhibitoria.

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 un pronunciamiento de fondo en el proceso instaurado por Hélmer de Jesús Betancur y Silvio Girado Sánchez contra el auto No. 196 del 11 de mayo de 1989 proferido por la Inspectora Novena Colectivos de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, Sección Relaciones Colectivas, mediante el cual se ordena la inscripción por conducto de la Sección de Archivo Especializado de la División de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria y sus Filiales, elegida en asamblea nacional de delegados efectuada el día 30 de marzo en la ciudad de Cali.

Cópiese, notifíquese y archívese.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Arturo Lizcano Blanco, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION PENAL / ACCION DISCIPLINARIA - Independencia

El Decreto 400 de 1983 consagra la independencia de la acción penal de la acción disciplinaria y determina que la iniciación de la acción penal no impide a la administración adelantar la acción diciplinaria hasta su terminación. Toda falta disciplinaria en que haya incurrido un funcionario origina acción disciplinaria, cuyo ejercicio es obligatorio, a pesar de haberse iniciado acción penal y que la responsabilidad emanada de aquella acción iniciada contra un empleado es independiente de la responsabilidad civil o penal que la acción disciplinaria pueda originar.

PROCESO DISCIPLINARIO / NULIDAD - Improcedencia / PRUEBAS - Práctica / FUNCIONARIO INVESTIGADOR - Facultades / DELEGACION DE FUNCIONES

No todo vicio de forma u omisión en que se incurra en una actuación administrativa genera tal nulidad; la genera las irregularidades que afecten sustancialmente el debido proceso o que vulneren el derecho de defensa del investigado y ello no ocurrió en el *sub-lite*. El artículo 12 del decreto 786 de 1985 determina respecto del período probatorio, que el investigador decretará la práctica de las pruebas que considere conducentes y pertinentes, incluyendo las de oficio que estime necesarias. Y fue lo que hizo el funcionario investigador en el caso *sub-judice* al dictar el auto de 10 de mayo de 1988, en el cual delegó a otra funcionaría para la práctica de algunas pruebas y de las que se consideraran necesarias para perfeccionar la investigación administrativa, puesto que contaba con competencia para realizar ésta.

EXP. - 5635

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

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

Referencia: Expediente No. 5635. Resoluciones Ministeriales. Actor: HECTOR HELI ROJAS HERNANDEZ.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 6 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

LA DEMANDA

Se solicita en la demanda la nulidad de las resoluciones Nos. 06319 de 13 de diciembre de 1988 y 00240 de 25 de enero de 1989, dictadas por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio de las cuales se destituyó al actor del cargo de Técnico Administrativo 4065-09 de la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Ibagué y se le inhabilitó por el término de un año para el ejercicio de funciones públicas.

Como disposiciones violadas el libelo cita, los artículos 16, 17, 20, 26, 39 y 62 inciso 1°. de la Constitución Política anterior; 2, 4, 12, 13, 14 y 37 del decreto 786 de 1985; 8 y 25 del decreto 400 de 1983; 1, 7, 12, 15, 18 y 36 de la ley 13 de 1984; 1, 13, 17, 21, 36 y 38 del decreto 482 de 1985 (folio 14 cdno. ppal.).

El concepto de violación hace referencia a que de conformidad con las disposiciones invocadas como infringidas que contienen la normatividad aplicable a las investigaciones disciplinarias, no aparece la facultad del comisionado para a su vez subcomisionar a otro funcionario y menos aún para decretar por su propia iniciativa prueba alguna de manera oficiosa como ocurrió en el proceso disciplinario adelantado contra el demandante; que igual acontece con la omisión de la formalidad ordenada por el artículo 4o. del decreto 786 de 1985 respecto del auto de 12 de abril de 1988; que en este asunto no se cumplió con la exigencia legal señalada en el artículo 32 del citado decreto y que concreta el artículo 26 de la Carta de 1886, en cuanto al necesario sometimiento de la investigación a las leyes preexistentes ante el Tribunal competente y con la plenitud de las formas de cada juicio; que de otra parte el artículo 12 de dicho decreto establece un término para ordenar las pruebas solicitadas por el investigado o las que se consideren necesarias y ordene de oficio el investigador; que las diligencias probatorias adelantadas por la funcionaria comisionada no se allegaron regularmente al proceso, ya que la funcionaria que las practicó no tenía

competencia para llevarlas a cabo; que resulta forzoso concluir en el caso *sub-judice* que la actuación cumplida por ésta se encuentra afectada de nulidad y que si con base en ella se aplicó la medida de destitución, es razonable concluir que la resolución No. 06319 de 1988 tuvo una motivación falsa; que configurada la desviación de poder en la irregular tramitación del proceso disciplinario, es forzoso concluir que las pretensiones del escrito demandatorio están llamadas a prosperar; que el resultado del proceso penal que se adelanta contra el actor no puede ser indiferente para el proceso disciplinario, porque es evidente que la terminación de aquél con sentencia absolutorio no podría ser irrelevante para la actuación administrativa cumplida paralelamente y fallada con anterioridad a la causa penal (folios 14, 15 y 16 *ibídem*).

LA SENTENCIA

El Tribunal accedió a las súplicas impetradas en la demanda (folios 122 a 138 *ibídem*)

El *a-quo* expresó que en este asunto se concluye que la absolución en el proceso penal se basó en que el hecho imputado no existió, puesto que al admitir el juzgado la versión del procesado, aceptó la disculpa que el demandado expuso, de que sí concurrió allí a solicitud del quejoso para responder unas consultas, pero nunca para exigir dinero; que por estas razones es admisible la impugnación que formula el actor porque la sentencia absolutorio tiene incidencia en la legalidad del acto administrativo, como se manifiesta en la adición de la demanda; que la prejudicialidad establecida en el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal, imponía la observación de esta norma por la administración cuando ejerció el poder disciplinario, para evitar el desconocimiento del principio de contradicción; que por consiguiente, se quebranta indirectamente el artículo 26 de la Carta de 1886 ya que en cualquier proceso de juzgamiento, sea en ejercicio del poder disciplinario o de la acción penal, debe observarse estrictamente el debido proceso; que por lo tanto, para garantizar la vigencia del principio de legalidad, todos los actos de la administración deben someterse y subordinarse a la normatividad vigente; que en el caso *subexamine* se impone la prosperidad de las pretensiones del actor, por la preeminencia del procedimiento penal sobre el disciplinario, en especial, o cuando en la acción penal se concluyó sin equívocos y con fundamento en los mismos medios de prueba, que el hecho imputado no ha existido; que hubo identidad en la conducta atribuída al demandante en la acción disciplinaria como violación presuntamente del régimen ético que deben observar los empleados oficiales, y dentro del proceso penal que lesionaba posiblemente el bien jurídico de la administración pública, y logró demostrarse que el actor no exigió dinero alguno al contribuyente.

LA APELACION

En el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 140 a 156 *ibídem*), el apoderado de la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) solicita se revoque la sentencia recurrida y se mantenga la validez de las resoluciones acusadas.

Dice el recurrente que, en síntesis, las pruebas practicadas por la delegada de la División de Inspección se realizaron con apoyo en la comisión conferida por el abogado de la Sección de Investigaciones de dicha dependencia, funcionario competente según la ley para adelantar la investigación y a quien le fue repartida la queja para que la iniciara y la prosiguiera sí se configuraba mérito; que la funcionaria comisionada sí era competente para realizar investigaciones, según delegación de funciones por parte del jefe de aquella división y además practicar pruebas a través de la comisión otorgada; que en este asunto no se violó ninguna reserva de la investigación por la circunstancia de que se comisionara a una funcionaria para que practicara unas pruebas que debían llevarse a cabo en la ciudad de Ibagué, fuera de la sede del funcionario investigador; que la naturaleza jurídica de la sanción disciplinaria es completamente diferente de la sanción penal, acorde con el contenido del artículo 13 de la ley 13 de 1984; que no es indispensable esperar los resultados de la investigación penal para imponer una sanción administrativa; que si administrativamente en el caso *sub-judice* se demostró el hecho irregular y se tomó la decisión de sancionar diciplinariamente al infractor con la destitución, toda la actuación se llevó a cabo con fundamento en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, las cuales se apreciaron en su conjunto como lo dispone el artículo 34 del decreto 786 de 1985, ordenamiento de carácter administrativo y no con base en ningún otro; que en el caso *sub- lite* se presentó denuncio penal para que se calificara si la acción ejecutada por el demandante había infringido la ley penal; que en lo atinente a la prejudicialidad penal, ni la ley 13 de 1984, ni el decreto 482 de 1985, como tampoco el decreto 400 de 1983, ni el decreto 786 de 1985, la contemplan; que el investigado debe demostrar su inocencia en el mismo proceso administrativo disciplinario o dentro del proceso contencioso administrativo, pero no con base en la exoneración de responsabilidad en el proceso penal, toda vez que una conducta tipificada en el derecho disciplinario puede no estarla en el.derecho penal; que si para el Juzgado 4°. Penal del Circuito de la ciudad de Ibagué no significaba nada el hecho de que el actor haya estado en la residencia del contribuyente y que el demandante haya sostenido que estuvo absolviendo una consulta, para el derecho disciplinario no es indiferente tal actuación, ya que el señor Héctor Helí Rojas no explicó satisfactoriamente el por qué estuvo allí; que el hecho de absolver una consulta no es razón valedera, pues no eran las funciones del actor, las cuales están asignada a la Oficina de Orientación al Contribuyente; que por dicho motivo

constituye indicio de su conducta irregular, por tener bajo su guarda y proyección los requerimientos correspondiente al señor Jaime Otavo y el haberlo ido a visitar sin explicar de manera valedera la razón de esa conducta; que la justicia penal afirma que absuelve al demandante de los cargos formulados, por no reunirse en este caso los requisitos establecidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, hecho que demuestra la independencia entre el derecho disciplinario y el derecho penal; que el exonerar penalmente al actor no conlleva igualmente la exoneración administrativa del demandante, a quien se le impuso la sanción disciplinaria de destitución, por haberse demostrado en cumplimiento del poder disciplinario su responsabilidad administrativa.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que el fallo debe ser confirmado, puesto que, en efecto, la investigación disciplinaria adolece de vicios de procedimiento; que el desarrollo de ésta no observó la ritualidad pertinente, teniendo en cuenta que el investigador se tomó atribuciones que no le correspondían; que por consiguiente, se desconoció en este asunto el derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política anterior; que la comisión de personal sin analizar y ponderar el acervo probatorio, recomendó la sanción de destitución pretermitiendo lo preceptuado en la ley sobre la sana crítica y lo dispuesto., entre otras normas, en el inciso 2°. del artículo 32 del decreto 786 de 1985; que en ciertas situaciones como en la presente investigación penal sí debe tener una relativa influencia frente a la decisión administrativa, *máxime* cuando el procedimiento disciplinario realizado no se rituó conforme a la ley, ni las pruebas recogidas se estudiaron y ponderaron según la sana crítica, lo que trajo como consecuencia que el Tribunal se hubiera pronunciado favorablemente a las súplicas del escrito demandatorio (folios 185 a 193 *ibídem*).

Admitido el recurso de apelación por auto de 22 de marzo de 1991 (folio 177 *ibídem*), cumplido el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. El Tribunal consideró que el procedimiento penal tiene preeminencia sobre el disciplinario y que por ello se imponía la observancia de la prejudicialidad ordenada por el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal y que si la prejudicialidad está dirigida a evitar la violación del principio de contradicción según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, como ocurrió en el sub-lite cuando en el diciplinario se sanción al accionante y en el proceso

penal por los mismos hechos se le absolvió, se quebranta indirectamente el artículo 26 de la Carta de 1886. Igualmente estimó que habiéndose demostrado en el proceso penal que el demandante no exigió dinero alguno al contribuyente debían prosperar las pretensiones del actor.

2. A folio 44 a 57 del cuaderno No. 1 aparece la providencia de julio 24 de 1989 proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la ciudad de Ibagué, en la cual se decidió absolver al señor Héctor Helí Rojas Hernández de los cargos por los que rindió indagatoria y se le dictó resolución de acusación.

3. En la parte considerativa de la citada providencia judicial se señala que el procesado elaboró los borradores de los requerimientos 019 y 020 que se le realizaron al contribuyente Jaime Otavo Montaña por los años de 1986 y 1986; que se determinó que el acusado estuvo varias veces en la casa de dicho pero no se logró establecer si lo hizo para constreñir al contribuyente, exigiéndole trescientos mil pesos para reducir de esta forma la sanción que se le iba a imponer o si se presentó en la casa de Jaime Otavo Montaña para resolver una consulta en razón de que éste tenía problemas con la administración de hacienda (folios 50 y 51 *ibídem*).

Y más adelante se añade en la referida sentencia:

> "De lo anterior concluímos (sic) que es un hecho cierto de la presencia de Héctor Helí Rojas en la.casa de Jaime Otavo Montaña así lo afirma el sindicado en su indagatoria loa testigos Jaime Otavo Montaña, Gilma Gutiérrez Millán, María Yaneth Quiñónez y Libardo Beltrán Castañeda, pero no se sabe exactamente cuantas veces estuvo el procesado en la casa de Otavo Montaña ni a que iba porque según los testigos Rojas y Otavo dialogaron solos y no se dieron cuenta que tema trataron." (folio 53 *ibídem*).(sic).
>
> Si ninguno de los testigos se dió cuenta del tema tratado por Otavo y Rojas, se puede afirmar que en el proceso solo existen dos versiones, la primera es la del quejoso y testigo Jaime Otavo Montaña cuando informa que Héctor Helí Rojas se presentó a su casa de habitación, solicitándole la suma de trescientos mil pesos en dinero efectivo para disminuirle una sanción que tenía en la Administración de Impuestos de la ciudad. La Segunda versión la dá el procesado Héctor Helí Rojas en su diligencia de Indagatoria cuando informa que estuvo en la casa del señor Otavo tres veces atendiendo una llamada que la había hecho ese señor para hacerle una consulta de carácter tributario, diciéndole que no lo podía hacer porque él era empleado de la Administración y que lo único que él podía era

acogerse a la amnistía tributaría. El Juzgado acepta la versión del acusado.(folio 53 y 54 cdno ppal.). (sic).

Y concluye así la providencia:

"Al no existir prueba de responsabilidad en contra del acusado, o indicios de que lo comprometan en el ilícito investigado este Despacho Judicial lo absolverá de los cargos formulados por no reunirse los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Y así de esta manera el Despacho da por contestado los planteamientos de nuestro colaborador Fiscal y del señor defensor del acusado "folio 54 *ibídem*)."

De lo anterior se colige que fue errada la apreciación del Tribunal respecto a que en el proceso penal se hubiera demostrado "que el demandante no exigió dinero alguno al contribuyente". Por el contrario, la absolución se fundamentó fue en la duda, pues al juzgador le faltó llegar a la certeza del hecho en razón a que la única prueba de que el sindicato pidió dinero al contribuyente era la declaración de éste.

4o. Debe precisar la Sala además, que el hecho de que en la justicia penal cursara investigación contra el actor, no impedía a la administración iniciar y fallar investigación disciplinaria por los mismos hechos y que la circunstancia de que el acervo probatorio aportado ante la justicia penal no fuera suficiente para sancionar penalmente al demandante, no implica necesariamente que las pruebas allegadas al proceso disciplinario llevado a cabo contra el actor, no fueran suficientes para imponerle la sanción disciplinaria de destitución a través de los actos impugnados, pues la acción disciplinaria es independiente de la acción penal y mientras que en el proceso penal se requiere la plena prueba del hecho punible y de la responsabilidad del acusado, en el proceso disciplinaria, según el artículo 18 de la ley 13 de 1984, aplicable al caso por remisión expresa del Decreto 786 de 1985, basta una declaración de testigo bajo juramento que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que el inculpado es responsable para que pueda aplicarse la sanción.

5o. El Decreto 400 de 1983 consagra la independencia de la acción penal de la acción disciplinaria y determina que la iniciación de la acción penal no impide a la administración adelantar la acción disciplinaria hasta su terminación.

De igual modo, los artículos 6 y 7 del decreto 482 de 1985 establecen que toda falta disciplinaria en que haya incurrido un funcionario origina acción disciplinaria, cuyo ejercicio es obligatorio, a pesar de haberse iniciado acción penal y que la responsabilidad emanada de aquella acción iniciada contra un

empleado es independiente de la responsabilidad civil o penal que la acción disciplinaria pueda originar.

6o. Lo expuesto lleva a la conclusión de que los planteamientos hechos por el *a-quo* en el fallo recurrido son equivocados y, por ende, el correspondiente cargo formulado en el libelo como fundamento para pedir la nulidad de los actos administrativos enjuiciados, carece de validez para este efecto.

7o. En lo atinente a los vicios de procedimiento en que se incurrió en la investigación disciplinaria realizada contra el demandante, por funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expuestos por la parte actora, y, en especial, a que el investigador carecía de competencia para subdelegar en otra empleada la práctica de algunas diligencias dentro de dicha investigación, consta en el proceso lo siguiente:

a) Que por auto No. 330 del 7 de abril de 1988, el Jefe (E) de la Sección de Investigaciones comisionó al doctor Gonzalo García Duque, abogado de esa sección, para que realizara diligencias preliminares por la queja presentada contra el señor Héctor Helí Rojas Fernández (folio 8, expediente disciplinario).

b) Que por auto No. 464 del 10 de mayo de 1988, el citado. Jefe de Sección comisiona al doctor Gonzalo García Duque por el término de un mes para que continúe el diligenciamiento del expediente en la Dirección General de Impuestos Nacionales, con la obligación de presentar informe parcial o definitivo al término de la comisión (folio 73, *ibídem*).

c) Que por auto de la misma fecha, el doctor Gonzalo García Duque comisiona "a la Abogada Delegada para investigar por el término de cinco (5) días hábiles para que practique las pruebas." (folio 80 *ibídem*), auto en el que se dispuso además, entre otras cosas. Practíquense todas aquellas pruebas de oficio que a juicio de este despacho sean necesarias para perfeccionar la presente investigación administrativa diciplinaria."

d) Que en virtud del citado auto, la doctora Nelsy Leiton Montealegre, Abogada Delegada de la División de Inspección de la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Ibagué, practica una serie de diligencias dentro de la investigación disciplinaria adelantada contra el actor (folio 84, 86, 87, 90, 91 a 101 *ibídem*).

8o. El artículo 2 del decreto 786 del 15 de marzo de 1985 establece:

"Competencia para adelantar la acción disciplinaria. En el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, son competencia para adelantar la acción

disciplinaria, cualquiera que sea el nivel o grado de los cargos desempeñados por los presuntos responsables:

1. El Jefe y los abogados de las dependencias investigadoras.

2. En las administraciones Regionales, los Jefes de éstos y los funcionarios en quienes la respectiva dependencia investigadora delegue las funciones para investigar y evaluar las investigaciones disciplinarías; sin perjuicio de que la dependencia responsable de esta función la asuma cuando lo estime pertinente."

Como puede verse, la mencionada norma atribuye competencia para adelantar la acción disciplinaria a los abogados de las dependencias investigadoras del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y en el caso *sub-judice*, el señor Gonzalo García Duque era abogado de la Sección de Investigaciones, por lo que acorde con el artículo 2°. del decreto 786 de 1985 tenía facultad para investigar el actor.

Por ende, no es dable interpretar que los autos Nos. 330 del 7 de abril de 1988 y 464 del 10 de mayo del mismo año, suscritos por el Jefe de la Sección de Investigaciones, estuvieran comisionando, en estricto sentido jurídico, al funcionario García Duque para adelantar las diligencias preliminares o la investigación disciplinaria correspondiente; si éste como abogado de esa dependencia administrativa contaba con atribuciones para investigar al demandante, el auto debe interpretaras como una orden para que ejerciera la competencia, en ese caso, es decir, como un reparto de trabajo que podía disponer el jefe entre sus abogados

9o. El artículo 4 del decreto 786 de 1985,. que se refiera a las diligencias preliminares, señala en su inciso 2°.:

"Si transcurrido este plazo, no se configura mérito para abrir investigación así se señalará mediante auto motivado y se dispondrá continuar en diligencias preliminares. En relación con estas actuaciones el investigador rendirá un informe ante el Jefe de la dependencia investigadora o el funcionario competente."

A folio 9 del expediente disciplinario reposa el auto del 12 de abril de 1988, suscrito por el investigador, en el cual se ordena iniciar y continuar practicando diligencias preliminares, con el fin de verificar la comisión de la falta y/o la identidad del presunto (s) responsable (s) dentro del término de cinco días hábiles. Más adelante dicho auto afirma:

"Si dentro del anterior término no fuere posible configurar el mérito para iniciar la correspondiente investigación administrativa disciplinaria, CONTINUASE en diligencias preliminares hasta que se configure el mérito suficiente para ello."

Ciertamente el auto no exhibe una motivación profusa pero este defecto en forma alguna puede originar la nulidad de los actos administrativos impugnados como se manifiesta en la demanda (folio 12 cdno. ppal.), pues como lo ha expuesto la Corporación, no todo vicio de forma u omisión en que se incurra en una actuación administrativa genera tal nulidad; la genera las irregularidades que afecten sustancialmente el debido proceso o que vulneren el derecho de defensa del investigado y ello no ocurrió en el caso *sub-lite*.

10o. Por otra parte el artículo 12 del decreto 786 de 1985 determina respecto del período probatorio, que el investigador decretará la práctica de las pruebas que considere conducentes y pertinentes, incluyendo las de oficio que estime necesarias. Y fue lo que hizo el funcionario investigador en el caso *sub judice* al dictar el auto del 10 de mayo de 1988 (folio 80 expediente disciplinario), en el cual delegó a otra funcionaria para la práctica de algunas pruebas y de las que se consideraran necesarias para perfeccionar la investigación administrativa, puesto que contaba con competencia para realizar ésta, según los alcances del artículo 2°. del decreto 786 de 1985, como ya se dijo.

Se observa que en el numeral 6 del referido auto se destaca:

"Como las pruebas hay que practicarlas en la Administración de Impuestos de Ibagué, comisiónase a la Abogada Delegada para Investigar por el término de cinco (5) días hábiles para que practique las pruebas."

Así las cosas, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia, la Sala considera que lo procedente en el caso *sub-examine* es revocar la sentencia apelada y, en su lugar, denegar las súplicas impetradas en el 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,

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia apelada del 6 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por el señor Héctor Helí Rojas Fernández en orden a obtener la nulidad de las

resoluciones Nos. 06319 de 13 de diciembre de 1989 y 00240 de 25 de enero de 1989 dictadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante las cuales se destituyó al actor del cargo que desempeñaba y se le inhabilitó por el término de un año para el ejercicio de funciones públicas.

2. En su lugar se dispone, NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios / CONYUGE *SUPERSTITE* / COMPAÑERA PERMANENTE

El derecho a la sustitución pensional lo tiene el cónyuge sobreviviente, salvo que lo hubiere perdido por las causales de ley, caso en el cual lo tendrá la compañera permanente. SOBRE LOS ARTICULOS 12 Y 13 INCISO 2o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1160 DE JUNIO 2 DE 1989, ESTESE A LO RESUELTO EN LOS NUMERALES 2 Y 3 DE LA SENTENCIA CALENDADA EL 8 DE JULIO DE 1993, EXP. 4583, ACTORA: ALBA LUCIA CARVAJAL Y OTROS. ES NULA LA FRASE "que sea soltero o" DEL ARTICULO 29 DEL ACUERDO 049 DE 1990, ORIGINARIO DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS, APROBADO POR EL DECRETO 758 DE ABRIL 11 DE 1990, EXPEDIDO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expedientes Acumulados Nos. 4755 y 5394. Decretos del Gobierno. Actor: IGNACIO CASTILLA CASTILLA.

Actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, el ciudadano IGNACIO CASTILLA CASTILLA formula al Consejo de Estado estas peticiones:

SECCION SEGUNDA

"Primera: Que se declare la nulidad del artículo 12 del decreto reglamentario 1160 de 1989, que dice:

"Art. 12: 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.

"(El parágrafo no se encuentra demandado).

"Segunda: que se declare igualmente la nulidad de la parte resaltada del artículo 6 del mismo decreto 1160 de 1989, que dice:

"Art. 6.- Beneficiarlos de la sustitución pensional. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:

"1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, **a falta de éste**, al compañero o a la compañera permanente del causante" (fls. 2 y 3 Exped. 4755).

Oportunamente adicionó la demanda con esta petición:

"Tercera. Que se declare la nulidad del inciso segundo del art. 13 del decreto reglamentario 1160 de 1989, 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 de divorcio, debidamente ejecutoriada".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demanda considera que con los actos acusados se violan estas disposiciones: C.N. (anterior) artículos 120-3 y 118-8 "e Incluso la propia (sic) del artículo 3 de a (sic) ley 71/88" (fl. 5 exped. 4755).

El concepto de la violación se sustenta en que el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaría al establecer requisitos para la sustitución pensional al compañero o compañera permanente que no están señalados en la ley reglamentada.

En el auto admisorio de la demanda, (fls. 14 y ss expediente 4755) se decretó la suspensión provisional de la frase "ostente el estado civil de soltero (a)" del articulo 12 del secreto 1160 de 1989 y se negó esa medida provisoria para la expresión "a falta de éste", del numeral 1 del artículo 6o. del mismo Decreto.

La suspensión provisional ya señalada se confirmó en auto de Junio 21 de 1990 (fls. 35 y ss.) y por auto de octubre 10 de 1990 (fls. 48 y ss.) se negó por extemporáneo la solicitud de suspensión provisional del inciso 2o. del artículo 13 del Decreto en comento, formulada en el escrito de corrección de la demanda.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 158 del C.C.A., el actor solicitó (fls. 67 y ss. expediente 4755) suspender parcialmente los artículos 29 y 30 del Acuerdo No. 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por Decreto 758 de 1990 del Presidente de la República. Argumentó para ello que en los señalados artículos se reproduce la frase suspendida por auto de 28 de febrero de 1990, ya citada.

Mediante auto de 6 de mayo de 1991 (fls. 76 y ss. Expediente No. 4755), la Sala suspendió provisionalmente,al resolver la anterior solicitud, la frase "que sea soltero o", del artículo 29 del referido Acuerdo, y negó las demás peticiones de suspensión provisional, estimando que era del caso darle aplicación al artículo 158 del C.C.A.

EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Novena en concepto que corre a folios 102 y ss. sostiene que aunque los artículos 6, 12 y 13 del Decreto 1160 de 1989 fueran válidos, en la actualidad han perdido su fuerza ejecutoria de conformidad con el artículo 66 numeral 3 del C.C.A. por cuanto se modificó el fundamento legal respecto de las uniones maritales de hecho y su régimen patrimonial, por la ley 54 de 1990 y también cambiaron sustancialmente los efectos del vínculo matrimonial eclesiástico, de acuerdo con el artículo 42 de la nueva Constitución, según el cual, los efectos civiles de todo matrimonio cesarán con arreglo a la ley civil . Por todo lo anterior estima que se da el decaimiento de los actos administrativos demandados.

En cuanto a la suspensión automática de los artículos 29 y 30 del Acuerdo 049 de 1990, aprobados por el Decreto 0758 de 1990 expedido por el Gobierno Nacional, opina que debe levantarse la suspensión de la frase "que sea soltero" contenida en el artículo 29 del Acuerdo 049/90 y negarse la petición de nulidad de estas normas.

II

El mismo señor Ignacio Castilla Castilla en su propio nombre y ejercitando la acción pública de nulidad, en demanda presentada el 1o. de noviembre de 1990, pide a esta Corporación:

> "Que se declare la nulidad del inciso segundo del art. 13 del decreto reglamentario 1160 de 1989, que dice:
>
> "Art. 13...
>
> "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."

Los **acápites** correspondientes a los Hechos, los fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de la violación, pruebas (anexos) y competencia están tomados textualmente de los expuestos en la demanda tramitada dentro del proceso No. 4755.

El auto admisorio de la demanda, proferido el 19 de diciembre de 1990 (fl. 21 y ss. expediente 5394) decretó la suspensión provisional de la norma acusada.

La señora Fiscal Noveno del Consejo de Estado rindió en este caso el mismo concepto emitido en el proceso 4755 (fl. 60 y ss. exp. 5394) pero solicita se declare la nulidad del aparte del artículo impugnado o subsidiariamente se declare que ya no tiene eficacia jurídica.

III

En escrito obrante a folios 52 y ss. del expediente 5394, el accionante señor Castilla Castilla pidió la acumulación de los dos procesos.

Por auto de abril 10 de 1992 (fls. 118-120) la Sala dispuso acumular al proceso No. 4755 el distinguido con el No. 5394.

Surtida la actuación correspondiente y sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a determinar si son, o no, contrarias a derecho, las disposiciones señaladas en las demandas y pertenecientes al Decreto 1160 (junio 2) de 1989, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 71 de 1988 sobre sustitución de pensiones al compañero o compañera permanente.

Sea lo primero anotar que la Sala difiere del Concepto Fiscal en cuanto contempla el decaimiento de los actos administrativos demandados, como consecuencia de la expedición de la ley 54 de 1990.

Esta ley regula las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y trata lo relacionado con la sociedad patrimonial entre ellos, pero no se refiere al derecho de sustitución pensional.

Por otra parte, los artículos 47 y 54 del Decreto 1045 de 1978, deben considerarse modificados por las leyes posteriores sobre la materia.

Así las cosas y para mayor claridad, la Sala analizará por separado cada una de las normas controvertidas, así:

A. Decreto 1160 de 1969, artículo 6o. ordinal 1o., la expresión subrayada:

> "Artículo 6o. **Beneficiarios de la sustitución pensional**. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:
>
> 1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante..."

Dice el actor: "Al demandar la nulidad de la frase resaltada del art. 6° solo pretendo conformar un mínimo cuerpo armónico, pues al fin y al cabo tiene el mismo vicio de la norma del artículo 12, que no podría subsistir por sí sola. O sea, lo acusado, en últimas, es lo mismo (el estado de soltería que se exige en el decreto reglamentario), y ésto se encuentra disperso en las dos disposiciones acusadas". (Subrayas de la Sala).

Se infiere de lo anterior que la demanda considera que la expresión "a falta de éste" equivale al estado de soltero (a) como exigencia para tener derecho a la sustitución pensional, en cuanto hace al compañero (a) permanente.

SECCION SEGUNDA

Otro, empero, es el sentir de la Sala.

La frase en comento, como se dijo en el auto que negó la suspensión provisional, no se refiere a que el compañero (a) deba ser soltero (a) para acceder a la sustitución pensional; está diciendo, simplemente, que en el orden de beneficiarlos de la sustitución pensional está primero el cónyuge sobreviviente y que cuando no exista haya perdido el derecho a la sustitución, ese lugar lo ocupará el compañero (a) permanente del causante.

En el artículo 3o. numeral 1 de la ley 71 de 1988 se lee que las previsiones sobre sustitución pensional la establecidas en las normas antes señaladas se extienden al cónyuge *supérstite* o compañero o compañera permanente (...) en las condiciones que a continuación se establecen:

"1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente ....."(Subrayas de la sala).

Es decir, en forma sustitutiva: o uno u otro; o el cónyuge o el compañero (a).

Eso es lo mismo que decir: el cónyuge, **y a falta de este** el compañero (a) . La expresión no es excluyente ; tan solo señala un **orden** ya establecido en la ley.

En modo alguno la expresión **a falta de éste** desborda la facultad reglamentaria, porque bien hubiera podido decir el reglamento: "el cónyuge *supérstite* o compañero (a) permanente", es decir, utilizar la redacción de la ley, asimilando la disyuntiva **o** a la frase controvertida.

Sabido es que de conformidad con el artículo 2o. de la ley 33 de 1973 la viuda pierde el derecho a sustitución pensional cuando por su culpa los cónyuges no vivieron unidos en la época del fallecimiento o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

Es decir, que solo en esos casos el cónyuge sobreviviente pierde el derecho a la sustitución, como lo prevé también el artículo 2o. de la ley 12 de 1975.

Por esa razón, la expresión "a falta de este" contenida en el artículo 6o. acusado, debe entenderse no como exigencia de soltería sino como ausencia de cónyuge por no hallarse vigente su vínculo matrimonial (art. lo. ley 113 de 1985) o pérdida de su derecho por las causales contenidas en la ley. El parágrafo del artículo lo. de la ley 44 de 1980 corrobora lo anterior cuando establece presunción legal a favor del cónyuge cuando el pensionado no hubiera revocado antes dé

su fallecimiento su nombre, lo cual hace presumir que la separación no ocurrió por su culpa.

En resumen, el derecho a la sustitución pensional lo tiene el cónyuge sobreviviente, salvo que lo hubiere perdido por las causales de ley, caso en el cual lo tendrá la compañera permanente.

No es del caso, entonces, acceder a la nulidad pedida en cuanto a esta expresión.

B.- Articulo 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."

...

Sobre esta disposición se observa que la Sala ya tuvo oportunidad de dilucidar su legalidad, declarándola parcialmente nula en sentencia de julio 8 de 1993, expediente 4583, actora: Alba Lucía Carvajal y otros.

Habrá, por tanto, de estarse a lo resuelto en esa oportunidad.

C. Artículo 13, inciso 2o., 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."

También sobre este inciso se profiere la sentencia anulatoria dentro del proceso antes mencionado, de manera que en lo pertinente se estará a lo allí resuelto.

IV

"De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la Sala encuentra que es nula la expresión "que sea soltero o" del artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990, del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por Decreto 758

de 1990 del Presidente de la República, frase suspendida provisionalmente por auto de 28 de febrero de 1990 dentro del proceso 4755.

Esa expresión aparece reproducida en el mencionado Acuerdo (fl . 73 pag. 7), aprobado por Decreto de 11 de abril de 1990.

Para esta última fecha, ya se había comunicado la suspensión a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social (fl.20), luego no le era dado al señor Presidente de la República reproducirla, so pena de contrariar lo dispuesto en el artículo 158 Inciso 1 del C.C.A, subrogado por el artículo 34 del D.L. 2304 de 1989.

Como se dijo en aquella oportunidad, las otras expresiones del Acuerdo 49 que se pidió suspender provisionalmente, no reproducen normas suspendidas.

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.- Sobre los artículos 12 y 13 inciso 2 del decreto reglamentario 1160 de Junio 2 de 1969, ESTESE a lo resuelto en los numerales 2 y 3 de la sentencia calendado el 8 de julio de 1993, expediente 4583. Actora Alba Lucía Carvajal y otros.

2.- Es nula la frase "que sea soltero o", del artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990, originario del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de abril de 1990, expedido por el señor Presidente de la República.

3.- Niéganse las demás súplicas de las demandas correspondientes a los procesos 4755 y 5394.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión,de 18 de noviembre de 1993-

EXP. -4755

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora (con Salvamento de Voto), *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas* (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

PENSION DE JUBILACION - Beneficiarios / COMPAÑERA PERMANENTE (Salvamento de Voto)

El sentido verdadero de la Ley 71 es el de que aunque exista cónyuge sobreviviente, éste puede perder su derecho en cabeza del compañero o compañera, por haber dado lugar o tener culpa en la separación, o por no hacer vida marital con el causante o la causante al momento de su deceso. SOBRE LOS ARTICULOS 12 Y 13 INCISO 2o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1160 DE JUNIO 2 DE 1989, ESTESE A LO RESUELTO EN LOS NUMERALES 2 Y 3 DE LA SENTENCIA CALENDADA EL 8 DE JULIO DE 1993, EXP. 4583, ACTORA: ALBA LUCIA CARVAJAL Y OTROS. ES NULA LA FRASE "que sea soltero o" DEL ARTICULO 29 DEL ACUERDO 049 DE 1990, ORIGINARIO DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS, APROBADO POR EL DECRETO 758 DE ABRIL 11 DE 1990, EXPEDIDO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Si bien compartí lo resuelto por la Sala en cuanto a las otras normas demandadas no ocurre lo mismo en lo que respecta con la expresión "a falta de este", que figura en el ordinal lo. del artículo 6o. del Decreto No. 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

En efecto, considero que esta frase excede la potestad reglamentaria en la medida en que sugiere que el compañero o compañera permanente del causante, según el caso, sólo tendría derecho a la sustitución pensional en el evento de que no haya cónyuge sobreviviente, en tanto que el verdadero sentido de la ley, es el de que ese derecho lo tiene el compañero o compañera cuando no radica en cabeza del cónyuge:sobreviviente, bien porque no exista o haya fallecido, otra porque lo haya perdido. Esto es, que la redacción que contiene este acápite da a entender que si existe cónyuge sobreviviente, éste desplaza o elimina al compañero o compañera siempre, o sea, en todos los casos; mientras que el sentido verdadero de la ley 71 es el de que aunque exista cónyuge sobreviviente, éste puede perder su derecho en cabeza del compañero o compañera, por haber dado lugar o tener culpa en la separación, o por no hacer vida marital con el causante o la causante al momento de su deceso.

En consecuencia, como pienso que no anular esta frase puede crear equívocos sobre la materia, me separo del pensamiento mayoritario de la Sala en este punto.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PENSION DE JUBILACION / ACUMULACION DE TIEMPO DE SERVICIOS / ACUMULACION DE TIEMPOS SIMULTANEOS - Improcedencia

El ejecutivo habilitado extraordinariamente por el Congreso, contempló la multiplicidad de entes públicos a los cuales se hubiere vinculado el funcionario durante el plazo preindicado, pero únicamente apreció para efectos de la pensión los servicios "continuos o discontinuos"; lo cual suscita la idea de la sucesión del desempeño público sin interrupciones o con ellas, y de ahí que a la alternación se la haya asimilado en el reglamento con la discontinuidad en los destinos públicos para diferenciarlos de los servicios prestados al sector privado. La consecuencia de la elección terminológica del legislador extraordinario es la exclusión de la prestación "simultánea" de servicios para el cómputo de uno de los requisitos del goce de pensión de jubilación, pues estos no se encuentran en la norma (*inclusus unus, exclusus alter*). Luego si la voluntad del legislador extraordinario no fue la de computar sino los servicios continuos o discontinuos, sucesivos o alternativos, más no los simultáneos para los fines de la pensión de jubilación, no puede entenderse que su reglamento permita contar los servicios prestados paralelamente en el tiempo a dos entidades diferentes y por tanto no resultan estimables para el efecto específico de la jubilación, según el Decreto Ley 3135 de 1968, aunque dichos servicios personales cuenten para otros fines legales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP. - 6368

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

Referencia: Expediente No. 6368. Autoridades Nacionales. Actor: NORBERTO ECHEVERRY OSORIO.

Decide la Sala la apelación formulada por el actor contra la sentencia del 28 de octubre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda incoada por el señor NORBERTO ECHEVERRY OSORIO.

ANTECEDENTES:

1. La demanda se presentó contra las Resoluciones números 07098 del 18 de julio de 1989 de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión y la 6614 del 4 de diciembre de 1989 de la Dirección General de la Entidad que resolvió la apelación contra aquélla, por las cuales se negó a NORBERTO ECHEVERRRY OSORIO el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, "toda vez que no cumple con el requisito de tiempo exigido, cual es 20 años de servicios en la educación", según dice la primera de ellas (fl. 19), y porque no es posible "tomar doblemente los tiempos", como dice la segunda (fl. 21).

Para el interesado deben estimársele como tiempo de servicio para los fines de su pensión "los prestados como capellán -del centro penitenciario de Florencia-, que aunque en diversa actividad, todos son oficiales y por ende acumulables para efecto de la pensión, tal como de manera clara lo expresa el artículo 72 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969" (fl. 7).

2. La Entidad de Previsión fue notifica da el 5 de febrero de 1991 (fl. 71), no ejerció el derecho de defensa pero remitió los antecedentes administrativos del acto.

El Fiscal ante el Tribunal conceptuó en forma favorable a las súplicas de la demanda (fls. 156-162) porque teniendo en cuenta la labor desempeñada alternativamente con la docencia, Capellán de la Cárcel de Florencia, ha adquirido el derecho de pensión de jubilación, aunque se pregunta "si ejercitaba la docencia en el Colegio Corazón Inmaculado de María en el Doncello, cómo ejercitaba sus funciones de Capellán en Florencia, cuando de Doncello a Florencia hay una distancia considerable, no es creíble que alternativamente ejerciera las dos funciones?" (fl. 161)

3. La sentencia no accedió a lo pedido porque del contenido del artículo 72 del Decreto 1848 de 1969 se deduce que el legislador (sic) quiso que se

acumularan los tiempos de servicios de los trabajadores en aquéllos casos en que hubieren laborado en distintas Entidades del Estado, para que no se perdiera el tiempo servido en la forma como lo establecía inicialmente el Decreto 3135 de 1968, el cual no hacía la distinción. Sin embargo, utiliza las expresiones "sucesiva o alternativamente" que no pueden asimilarse a la simultaneidad en la prestación del servicio como sucede en el caso que se está analizando por cuanto su significación es totalmente opuesta" (fl. 183). Como en con secuencia la acumulación no se da respecto de la labor simultánea, la Caja demandada no incurrió en falsa motivación, ni en la violación acusada pues el interesado únicamente demostró haber servido 16 años, 4 meses y 7 días.

4. Al sustentar el recurso de apelación el demandante suma todos los tiempos de servicios con lo cual arriba a la cifra de 21 años, 10 meses y 15 días (fl. 196) porque la ley al determinar el tiempo de servicios "no hizo ninguna limitación ni planteó condición alguna de donde se puede concluir que solamente exigió veinte (20) años de servicios independientemente de dónde los haya prestado y cómo los haya completado (fls. 196-197). Si la ley le permitió en forma alterna laborar en dos Entidades, qué razón de orden legal hay para desconocer esos tiempos alternados, pregunta desde la cual depreca se condene a lo pedido.

En su alegato de instancia la Agente del Ministerio Público solicita la confirmación de la sentencia, pues el artículo 72 del Decreto 1848 de 1969 no autoriza acumular los servicios prestados en dos cargos simultáneos y no se acreditó el tiempo de servicios mínimo para gozar del derecho a la pensión (fls. 209-214).

CONSIDERACIONES:

1.En la solicitud de pensión de jubilación que en su momento presentara a la Caja Nacional de Previsión Social Norberto Echeverry Osorio dijo haber cumplido 50 años, el 27 de mayo de 1987, y veinte (20) de servicios el 28 de noviembre de 1979 (fl. 36), e invocó como normatividad aplicable los mandatos del Decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamento, los mismos a los cuales se refieren los actos cuestionados que se la negaron porque no acreditó el segundo de los requisitos; acusados en la demanda como violados e interpretados por la sentencia apelada.

2.Dice el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968 al regular además "el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", que "el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años **contInuos o discontInuos** y llegue a la edad de 55 años de edad si es varón, ...tendrá derecho a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente

al 75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio". En su parágrafo 10 trata sobre la determinación y, computación de las jornadas completas: las de cuatro o más horas; y como se establece el número de días laborados cuando-no se llega a ese limite horario, adicionándolo con los días de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

El artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 al reglamentar la pensión indicó que "todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, **contInuos o discontinuamente**, en la entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 10 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o..." y,

Con su artículo 72, intitulado "**acumulación de tiempo de servicios**", el reglamento expresó que "los servicios prestados **sucesiva o alternativamente** a distintas entidades de derecho público, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se **acumularán** para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación". Es decir, el indicado por la ley de modo general en veinte años, o menor, como excepción.

3. Si por mandato de la Carta Política de entonces (art. 62 y 76-9) el Congreso legislaba sobre las condiciones de jubilación, retiro o despido, así como sobre el régimen de las prestaciones de los empleos de la administración, fue el legislador mediante la expedición de la Ley 65 de 1967 a través de la habilitación extraordinaria al Ejecutivo, el que permitió que el Presidente regulara el derecho de pensión de jubilación del empleado oficial; para ello conjugó la prestación de servicios a diferentes entes públicos durante el lapso que erigió como básico para gozar de la pensión, (20 años), con la edad mínima del interesado según se tratare del hombre o de la mujer, como se colige del texto del artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968 citado, que es la regla general.

En lo concerniente al tiempo de servicios el Ejecutivo habilitado extraordinariamente por el Congreso, contempló la multiplicidad de entes públicos a los cuales se hubiere vinculado el funcionario durante el plazo preindicado, pero únicamente apreció para efectos de la pensión los servicios **"contInuos o discontInuos"**; lo cual suscita la idea de la sucesión del desempeño público sin interrupciones o con ellas, y de ahí que a la alternación se la haya asimilado en el reglamento con la discontinuidad en los destinos públicos para diferenciarlos de los servicios prestados al sector privado.

Empero, la consecuencia de la elección terminológica del legislador-extraordinario es la exclusión de la prestación **"simultánea"** de servicios para el cómputo de uno de los requisitos del goce de pensión de jubilación, pues estos

no se encuentran en la norma (***inclusus unus, exclusus alter***). Luego si la voluntad del legislador extraordinario no fue la de computar sino los servicios continuos o discontinuos, sucesivos o alternativos, más no los simultáneos para los fines de la pensión de jubilación, no puede entenderse que su reglamento permita contar los servicios prestados paralelamente en el tiempo a dos entidades diferentes y por tanto no resultan estimables para el efecto específico de la jubilación, según el Decreto Ley 3135 de 1968, aunque dichos servicios personales cuenten para otros fines legales.

Dentro de ese contexto legal la sentencia se confirmará, porque habiéndose alegado éste como el único punto de discordancia por el actor, -el de sus servicios simultáneos prestados como docente y como capellán del centro penitenciario, la conclusión a la cual arribó la sentencia es correcta, en el sentir de la Sala, como también ajustado a la legalidad por este aspecto el acto cuestionado que no reconoció la prestación de jubilación por carencia de uno de los requisitos exigidos por la norma invocada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de Origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro* (ausente), *Dolly Pedraza de Arenas* (ausente), *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios / COMPAÑERA PERMANENTE / SERVICIOS MEDICOS ASISTENCIALES

El parágrafo 1o. del artículo 1°. de la Ley 113 de 1985 no hace sino corroborar la interpretación lógica que debió darse siempre al artículo 1°. de la Ley 12 de 1975, es decir, que el derecho a sustitución en él consagrado, procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado, como cuando apenas había cumplido el requisito del tiempo de servicio para obtener la pensión. Sin duda alguna, a partir de la vigencia de la ley 12 de 1975 se admitió a la compañera permanente del trabajador fallecido, como beneficiaria de la sustitución pensional. La asistencia médica quirúrgica es inherente a la condición de pensionado y por tanto no es un derecho que necesita reconocimiento independiente.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993),-

Magistrada Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4654. Autoridades Nacionales. Actor: EMPERATRIZ PERDOMO.

Se decide el recurso de apelación Interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

SECCION SEGUNDA

ANTECEDENTES

La señora Emperatriz Perdomo controvirtió ante el Tribunal la legalidad de las resoluciones Nos. 013600 de 28 de octubre de 1986 y 013094 de 5 de junio del mismo año, expedidas por el Gerente General del Instituto de Mercadeo Agropecuario "Idema", en virtud de las cuales se reconoció como únicas beneficiarias de la sustitución pensional causada por el fallecimiento del señor Edolio Penagos Celis, a las hijas del causante Clara Beatriz y Marta Carolina Penagos Perdomo y se le negó dicho beneficio en su calidad de compañera permanente del fallecido (folios 22 a 27 cdno. ppal.).

Como restablecimiento del derecho pidió en el *libelo* el reconocimiento a su favor de la sustitución de la pensión de jubilación reconocida por el Idema al señor Edolio Penagos Celís, antes de su fallecimiento, en la suma que le corresponda según el porcentaje establecido por la ley para el efecto y que se declare que puede gozar de los servicios médicos quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios a que tienen derecho los empleados oficiales en servicio activo (folios 11 y 12 *ibídem*).

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* en el fallo recurrido, manifestó que la apoderada del Idema se limitó a enumerar unas excepciones, sin que se deduzca del informativo el hecho extintivo de la pretensión; que de alguna de tales excepciones apenas se infiere una contradicción y negación del derecho alegado por la actora; que en estas circunstancias no pueden prosperar y, por ende, debe el Tribunal decidir el fondo del asunto planteado; que en el caso *sub-judice*, en síntesis, se tiene que la ley 33 de 1973 consagró la pensión vitalicia únicamente para las viudas; que la ley 12 de 1975 estableció el disfrute de la pensión para cualquiera de los cónyuges hombre y mujer, y para la compañera permanente, con el propósito de que se pudiera sustituir al trabajador fallecido cuando hubiera cumplido el tiempo de servicio, así no contara con la edad cronológica, lo cual quiere decir, que suprimió un requisito: el de la edad, exigido por leyes anteriores que al compañero todavía no jubilado por falta de edad; que en cambio, al fallecer un jubilado la compañera permanente no lo sucede en el disfrute de la jubilación, porque en este último caso la ley sólo estatuye ese derecho a favor de la viuda (folios 83 a 93 *ibídem*).

Por lo anterior, negó las súplicas impetradas.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 95 a 98 *ibídem*), la parte actora expone su inconformidad con la sentencia recurrida, manifestando que el *a-quo* hace una Interpretación equivocada y restrictiva de las leyes 12 de 1975 y 33 de 1973, que riñe con el principio de equidad que debe orientar las decisiones de los jueces; que no se tuvieron en cuenta los principios generales del derecho, desconociendo que todos los hijos,coadyuvan las pretensiones de su progenitora;. que en el presente caso los supuestos de hecho contemplados en el artículo 1°. de la ley 12 de 1975 son evidentes; que resultaría absurdo que la compañera permanente tuviese derecho a disfrutar la pensión de su compañero, cuando éste no la estuviese disfrutando y falleciera, y no cuando ya la devengaba a la fecha de su deceso; que el fin de la ley 12 de 1975 fue el de extender el beneficio de la sustitución al cónyuge e igualmente a la compañera permanente; que tal propósito del legislador se ratificó al dictarse la ley 4ª. de 1976; que por consiguiente, el fallo apelado debe ser revocado y accederse a las pretensiones del libelo.

La entidad demandada insiste en la excepción de incompetencia por falta de jurisdicción para conocer de este asunto dado que el señor Edolio Penagos fue trabajador oficial.

En cuanto al fondo del asunto solicita se confirme la sentencia apelada por no ser aplicable al caso la ley 12 de 1975.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Novena del Consejo de Estado opina que no deben prosperar las excepciones propuestas y la sentencia apelada amerita ser confirmada, porque la ley 12 de 1975 no es aplicable en el caso *sub-judice,* en razón a que el señor Edolio Penagos Celis gozaba de la condición de pensionado y dicha disposición alude a quienes no reúnen el requisito de la edad para adquirir el estatus de pensionados (folios 113 a 118 *ibídem*).

Procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Sea lo primero dilucidar, si la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de este proceso.

Conforme lo expone la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, esta Jurisdicción es competente para conocer, puesto que el señor Edolio

SECCION SEGUNDA

Penagos Celis tenía la calidad de empleado público para cuando le fue reconocida la pensión de jubilación, mediante la resolución No. 060 del 21 de marzo de 1973. En efecto, en esa fecha el IDEMA era un establecimiento público; solo con posterioridad vino a modificarse su naturaleza jurídica cuando se transformó en empresa industrial y comercial del Estado, mediante el Decreto 133 de 1976. Por lo que no estando demostrado en el caso *sublite* que las funciones que cumplía el mencionado señor estuvieran clasificadas como de aquellas que podían ser desempeñadas por trabajadores oficiales debe tenerse como empleado público según los términos del artículo 5°. del decreto 3135 de 1968.

En cuanto al fondo del asunto la situación es la siguiente:

Consta en autos que cuando falleció el señor Edolio Penagos Celis el 1°. de diciembre de 1985 se encontraba disfrutando de pensión de jubilación reconocida por el IDEMA, mediante la resolución No. 060 de 21 de marzo de 1973 (folio 47 cdno. No.2); que a su fallecimiento la actora solicitó a esta entidad descentralizada la sustitución pensional en calidad de compañera permanente y en nombre de sus hijos, como consta en la resolución enjuiciada No. 013094 de junio 5 de 1986 (folio 2 *ibídem*); que el IDEMA mediante dicha resolución le otorgó la sustitución pensional a Clara Beatriz y a Martha Carolina Penagos (folios 2 a 5 *ibídem*), y se la negó a la señora Emperatriz Perdomo, quien por conducto de apoderado interpuso recurso de reposición contra el citado acto administrativo (folios 108 a 115 *ibídem*), el cual fue resuelto negativamente por la resolución No.13600 de 28 de octubre del mismo año (folios 117 a 123 *ibídem*).

En caso similar al presente, la Sala en sentencia de 22 de octubre de 1992, expediente No.3779, actora: Elsy Alvarado Cifuentes, con ponencia de la Consejera Doctora Dolly Pedraza de Arenas, tuvo la oportunidad de Interpretar los alcances del artículo 1°. de la ley 12 de 1975 así:

> "No existe ninguna duda entonces, que al expedir la ley 12 de 1975 la Intención del legislador fue extender a la compañera permanente el derecho reconocido a favor del cónyuge supérstite (esposo-esposa) por la ley 33 de 1973 y ampliar el derecho a la sustitución pensional a los casos en los que el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica para adquirir el derecho, pero después de completar el tiempo de servicio requerido.Interpretar que la ley 12 de 1975 no introdujo modificación alguna a la ley 33 de 1973, resulta como bien lo dijo el Tribunal ilógico, por lo absurdo que resulta que la compañera permanente tiene derecho a la sustitución pensional cuando la pensión es una expectativa y no lo tiene cuando el derecho se ha configurado.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el doctor Gilberto Cuartas Londoño disfrutaba de la pensión de jubilación reconocida por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No.188 de 1972 (folios 14 y 15 Cuaderno No.2), que la señora Elsy Alvarado Cifuentes fue su compañera permanente hasta el momento de su fallecimiento acaecido el 17 de Octubre de 1984, esto es, en vigencia de la ley 12 de 1975 y que la negativa del reconocimiento de la sustitución pensional que aquel la impetró al Instituto de Seguros Sociales, se produjo el 24 de febrero de 1986, cuando ya se había expedido la ley 113 de 1985, que precisó los alcances de la ley 12, fuerza concluir, que la decisión demandada no se ajusta a derecho y, por consiguiente, se impone la declaratoria de su nulidad y el derecho de la sustitución de la pensión de jubilación que disfrutaba el doctor Cuartas Londoño en favor de la accionante, como acertadamente lo dispuso el *a-quo*, sin que sean de recibo los planteamientos del apelante en el sentido de que como el fallecimiento del causante se produjo antes de la expedición de la ley 113 citada, la sustitución de su pensión de jubilación no se regia por sus disposiciones, sino por las anteriormente existentes, toda vez que, como se dijo, no se trata de la expedición de una nueva reglamentación sobre la materia, sino de un estatuto que precisó el alcance de la existente, a fin de prevenir interpretaciones erradas de la misma".

En efecto, el parágrafo 1°. del articulo 1°. del ley 113 de 1985 no hace sino corroborar la interpretación lógica que debió darse siempre al artículo 1°. de la ley 12 de 1975, es decir, que el derecho a sustitución en él consagrado, procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado, como cuando apenas había cumplido el requisito del tiempo de servicio para obtener la pensión.

Sin duda alguna, a partir de la vigencia de la ley 12 de 1975 se admitió a la compañera permanente del trabajador fallecido, como beneficiaria de la sustitución pensional.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la actora probó su calidad de compañera permanente, que a reclamar dicha prestación no comparecieron personas distintas a sus hijos y hoy son todos mayores de edad y manifiestan estar de acuerdo con las peticiones de la demanda, debe reconocérsele este derecho desde el 1°. de diciembre de 1985 dado que no hay prescripción de mesadas pensionales, en la proporción indicada en la ley.

En cuanto a la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que se reclama también en el libelo es preciso decir, que tal asistencia es inherente a la condición de pensionado y por tanto no es un derecho que necesita reconocimiento independiente.

Por lo anterior, se impone la revocatoria de 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:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribuna Administrativo del Huila el 22 de julio de 1989, dentro del proceso instaurado por la señora Emperatriz Perdomo.

En su lugar se dispone:

1°. Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2°. Declárase que son nulas las resoluciones Nos. 013600 de 28 de octubre de 1986 y 013094 de 5 de junio del mismo año, expedidas por el Gerente General del Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA", solo en cuanto por ellas este organismo negó la sustitución pensional a la señora Emperatriz Perdomo, en su calidad de compañera permanente del pensionado fallecido, señor Edolio Penagos Celis.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, el "IDEMA" reconocerá a la señora Emperatriz Perdomo, Identificada con la cédula de ciudadana No. 26.612.863 de Florencia (Caquetá) el derecho a sustituirse en la pensión de que disfrutaba el señor Edolio Penagos Celis y le pagará dicha prestación en la proporción indicada en la ley, desde el 1°. de diciembre de 1985.

El Idema dará cumplimiento a este fallo dentro del término indicado en el articulo 176 del C.C.A., y tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 177 *ibídem.*

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta sentencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP. - 4654

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora (Con aclaración de voto), *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios / COMPAÑERA PERMANENTE - Improcedencia (Aclaración de Voto).

Abrigo serias dudas en cuanto al hecho de que con anterioridad a la promulgación de la Ley 113 de 1985 pueda entenderse que el verdadero alcance de la Ley 12 de 1975 fuese el de incluir también a la compañera permanente del pensionado como beneficiaria de una pensión que nace por la muerte de éste.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Debo señalar que compartí la decisión adoptada en el presente asunto en cuanto conlleva un criterio profundo de prevalencia del derecho sustancial, prohijado además por el texto de la Carta Política de 1991.

Empero, abrigo serias dudas en cuanto al hecho de que con anterioridad a la promulgación de la Ley 113 de 1985 pueda entenderse que el verdadero alcance de la Ley 12 de 1975 fuese el de incluir también a la compañera permanente del pensionado como beneficiaria de una pensión que nace por la muerte de éste. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en el sentido de que la Ley 12 de 1975 no contempló esa modalidad, y por consiguiente, sólo con la expedición de la Ley 113 de 1985 vino a configurarse ese derecho. De donde resultaría que darle ese alcance al estatuto de 1975 implicaría una aplicación retroactiva del de 1985.

Sin embargo, como lo decidido aplica la justicia en el mejor de los sentidos, me limito a consignar esta inquietud, marcando el énfasis en que la jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la Corte en cuanto a esta materia.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

SINDICATO - Personería Jurídica / SUSTITUCION PATRONAL

Como lo señala el artículo 68 del C.S.T., la sola sustitución de patronos no suspende o extingue los contratos de trabajo vigentes, por lo que éstos deben mantenerse sin modificaciones, es decir, que tales contratos continúan con el nuevo empleador. En dicha sustitución las relaciones de trabajo permanecen intactas, como si ella no se hubiese realizado, teniendo en cuenta que dentro de este fenómeno laboral no son parte los trabajadores y, por ende, no pueden verse afectados sus derechos. La sustitución de patronos, pues, significa el cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, entre otras, por la transferencia del dominio de la empresa, sin que ésta cese en el giro ordinario de sus negocios, ni termine la relación de trabajo. Aceptando en gracia de discusión que en el caso *sub-judice* se configuró la sustitución patronal, la cual requiere para que opere, como ya se manifestó, de la continuidad de la empresa y de sus trabajadores, no se ve la razón para que exista impedimento por esta circunstancia para que se pudiera constituir el sindicato, lo cual daría lugar más bien a una reforma estatutaria en cuanto al nombre, pero no para que se desconociera por este aspecto el reconocimiento de la personEría jurídica a la organización sindical, como lo sostiene la mencionada resolución impugnada por la parte actora.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr Carlos A. Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente No. 4888 Resolucion Ministeriales Actor: LAGO MAR EL PEÑON S.A.

Procede la Sala a desatar la demanda que en acción de nulidad instauró la sociedad denominada Lago Mar el Peñón S.A., a través de apoderado judicial, contra las resoluciones Nos. 001161 del 7 de abril de 1989 y 003296 del 25 de agosto del mismo año, proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales reconoce personería jurídica y se aprueban los estatutos de la organización sindical denominada Sindicato de trabajadores Lago Mar el Peñón S.A. "Hotel Peñón".

LA DEMANDA

En el libelo demandatorio se invocan los siguientes hechos:

1. Un grupo de personas solicitó al citado Ministerio el reconocimiento de personería jurídica para la mencionada organización sindical.

2. A pesar de que ese grupo de personas sostenía ser trabajador de Lago Mar el Peñón S.A. y de que se trataba de un sindicato de primer grado y de base, a la sociedad no se le citó para que se hiciera parte en la actuación y valer sus derechos.

3. El día 28 de diciembre de 1988, Lago Mar el Peñón S.A. celebró con la persona jurídica Administrar limitada, una transacción, dentro de la cual, y a partir del 1 de Enero de 1989, la segunda sustituyó a la primera como patrono de todos los trabajadores que por razón de la ocasionalidad en la Prestación del servicio se les denominaba "extras", dentro de los cuales estaban comprendidos el grupo de trabajadores que el 20 de enero de 1989 se constituía en sindicato, y que luego del 1° de febrero de este año estaban pidiendo el reconocimiento de personería jurídica y la aprobación de sus estatutos.

4. Los días 16 y 17 de enero de 1969, Lago Mar el Peñón S.A. y Administrar Limitada pusieron en conocimiento a los trabajadores "extras" del Hotel Peñón y a los fundadores del sindicato, la circunstancia de que a partir del 1° de enero de dicho año, su patrono, por sustitución, era Administrador Limitada.

5. El hecho de la sustitución patronal lo hizo conocer al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el representante de Lago Mar el Peñón S.A. por escrito del 23 de enero de 1989, al dar contestación al oficio No. 0051 del 20 de enero de este año, a través del cual el Inspector de Trabajo de Girardót, comunicaba la constitución del sindicato.

SECCION SEGUNDA

6. Como consecuencia de la sustitución patronal que originó el hecho de que Lago Mar el Peñón S.A. no pagara a los trabajadores "extras" los salarios correspondientes a la primera quincena de enero de 1989 y que lo hiciera Administrar Limitada, la Inspección de Trabajo de Girardot abrió investigación administrativa contra la primera y su representante.

7. Dentro de aquella actuación y con la participación de más de 50 trabajadores "extras", se levantó el acta de 30 de enero de 1989, en la cual consta que se explicó al Ministerio de Trabajo y a los fundadores del sindicato, el fenómeno de la sustitución patronal.

8. Para el 20 de enero de 1989, fecha de fundación del sindicato, sus fundadores no eran trabajadores de Lago Mar el Peñón S.A., pues ninguno de ellos ni los miembros de su Junta Directiva Provisional estaban vinculados por contrato de trabajo con la parte actora en el momento de la elección.

9. Lago Mar el Peñón S.A. adoptó y ha venido usando desde el 13 de junio de 1986 dicho nombre comercial, según Escritura pública No. 905 otorgada en esa fecha en la Notaria 17 de la ciudad de Bogotá, como consta en certificación de la Cámara de Comercio de Girardot.

10. El sindicato se constituye en protesta a la aludida sustitución patronal (folios 43 y 44 cdno. ppal.).

Como disposiciones violadas, se citan los artículos 26 de la Carta de 1886; 14 y 35 del Código Contencioso Administrativo; 356, 362, 382 y 388 del Código Sustantivo del Trabajo; 603 del Código de Comercio (folio 45 *ibídem*).

En el capítulo correspondiente a concepto de la violación (folios 45, 46 y 47 *ibídem*), la parte demandante expresa que como no se citó a ésta para que se hiciera parte en la actuación administrativa originada en la petición que por mandato del artículo 374 del Código Sustantivo del Trabajo formularon los fundadores del sindicato al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, derivándose de la misma solicitud el interés que Lago Mar el Peñón S.A. tenía en los resultados de la actuación, se produjo en este asunto la violación del artículo 14 del C.C.A.; que como en el caso *sub-judice* no se dio la oportunidad a la parte actora para expresar sus opiniones, se produjo con esta omisión al proferir las resoluciones impugnadas, la infracción del artículo 35 del C.C.A.; que tales actos administrativos desconocen el articulo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, porque reconocen como sindicato de base a una organización que no cumple los requisitos que esta disposición señala; que el literal c) del artículo 388 de dicho código ordena como requisito para ser miembro de la Junta Directiva de una organización sindical, tanto de la provisional como de la reglamentaria,

estar ejerciendo normalmente, es decir, no en forma ocasional o a prueba o como aprendiz, en el momento de la elección, la actividad, profesión u oficio propios del sindicato y haberlo ejercido normalmente por más de seis meses en el año anterior; que de otra parte, el articulo 366 del mismo código determina que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reconocerá la personería jurídica, salvo el evento de que los estatutos de la organización sindical sean contrarios a la Constitución, las leyes y las buenas costumbres; que el articulo 382 *ibídem*, afirma que ningún sindicato puede usar como nombre social uno que induzca a error; que además el artículo 363 del Código de Comercio consagra que los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro; que los actos acusados violan el articulo 26 de la Constitución Política anterior, por no haberse observado las formas propias del proceso o actuación que establece esta norma constitucional y que desarrollan, entre otros, los artículos 14 y 35 del C.C.A.

El señor Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado conceptúa en su vista fiscal que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, porque los actos administrativos acusados se dictaron conforme a la ley; por consiguiente, no es dable declarar su nulidad.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como consta en autos, un grupo de personas solicitó ante las autoridades del trabajo el reconocimiento de la Personería jurídica de la organización sindical en formación denominada Sindicato de Trabajadores Lago Mar el Peñón S.A. "Hotel Peñón", con domicilio en el Municipio de Girardot, Departamento de Cundinamarca, de Conformidad con asamblea general llevada a cabo el 20 de enero de 1989 en el citado Municipio.

Como consecuencia de la solicitud formulada por el referido grupo de personas, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social profirió las resoluciones acusadas Nos. 001161 del 7 de abril de 1989 y 003296 del 25 de agosto del mismo año, mediante las cuales se decidió reconocer personería jurídica a dicha organización sindical de primer grado y de base, aprobar sus estatutos por no ser contrarios a la Constitución, las leyes o a las buenas costumbres, y se ordenó a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo la anotación e inscripción en el registro sindical de la junta Directiva del sindicato (folios 2 a 15 cdno. ppal.)

Ahora bien, no es cierta la afirmación hecha por la parte actora el libelo de demanda en cuanto que no se le citó en la respectiva actuación administrativa

para hacer valer sus derechos, pues aparece en el proceso que el día 20 de enero de 1989 el Inspector de Trabajo y Seguridad Social de Girardot le comunicó al señor representante legal de Lago Mar el Peñón S.A. que un grupo de trabajadores de esta expresa había fundado y creado la mencionada organización sindical, recibiendo respuesta dicho funcionario del gerente de esa sociedad el día 23 del mismo mes y año, según la cual ninguna de las personas que constituyeron la organización sindical son trabajadoras de Lago Mar el Peñón S.A., dado que con fecha del 28 de diciembre de 1988 se operó en la empresa el fenómeno de la sustitución patronal, según transacción llevada a cabo con la sociedad Administrar Ltda., que a partir del 1 de enero de 1989 comenzó a ser patrono de ese grupo de personas (folios 21 a 23 *ibídem*); además, consta en el expediente que al apoderado de la parte demandante se le reconoció personería por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Girardot para que actuara en nombre y representación de Lago Mar el Peñón S.A.; que al representante legal de ésta se le citó para que se notificara de la resolución enjuiciada No. 001161 del 7 de abril de 1989, contra la cual se interpuso recurso de reposición que fuera resuelto por la resolución acusada No. 003296 del 25 de agosto de ese año (folios 110, 143 y 149 a 152 *ibídem*). De otra parte, el presidente y Secretario provisionales de la organización sindical comunicaron al Gerente de esa empresa el 20 de enero de 1989 que este día un grupo de trabajadores de la misma, con contrato de trabajo vigente, se reunieron en la calle 16 No. 6-74 de Girardot, habiendo decidido constituir el Sindicato de Trabajadores Hotel Lago Mar el Peñón S.A. (folios 113 y .114 *ibídem*).

En lo atinente a si en el caso *sub-judice* se produjo o no el fenómeno de la sustitución de patronos, regulado por el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, como es de conocimiento, está figura laboral tiene como propósito defender a los trabajadores y a los contratos de trabajo, de cualquier cambio de régimen en el dominio de la empresa o en su administración.

Como lo señala el artículo 68 del C. S. T. la sola sustitución de patronos no suspende o extingue los contratos de trabajo vigentes, por lo que éstos deben mantenerse sin modificación, es decir, que tales contratos continuan con el nuevo empleador.

En dicha sustitución las relaciones de trabajo permanecen intactas, como si ella no se hubiese realizado, teniendo en cuenta que dentro de este fenómeno laboral no son parte los trabajadores y, por ende, no pueden verse afectados sus derechos.

La sustitución de patronos, pues, significa el cambio de un empleador por otro, por cualquier, causa, entre otras, por la transferencia del dominio de la

empresa, sin que ésta cese en el giro ordinario de sus negocios, ni termine la relación de trabajo.

Por consiguiente, conforme a lo manifestado, la figura laboral de la sustitución de patronos para que se configure, requiere de que se opere un cambio de empleador por cualquier causa, que exista continuidad en el desarrollo de las operaciones de la empresa y en los servicios que presten los trabajadores; en otros términos, que continúe el mismo giro de los negocios o actividades y que los asalariados sigan trabajando, luego de producido el cambio del empleador, como lo venían haciendo con anterioridad a la sustitución.

Si falta alguno de los requisitos comentados no puede sostenerse que se ha producido la sustitución patronal, como cuando no se prueba la continuidad de las prestación de servicios por los trabajadores, puesto que aquélla sólo puede darse respecto del otro sujeto de la relación laboral.

Comparte la Sala el criterio de la agencia del Ministerio Público de que en este asunto, una vez analizado el contrato de administración general celebrado entre las sociedades Lago Mar el Peñón S.A. y Administrar Limitada (folios 36 a 39 *ibídem*), no se produjo el fenómeno denominado de la sustitución patronal, porque en dicho contrato simplemente se señala que esta última empresa se compromete con aquélla a proveer, acorde con lo allí estipulado, personal propio para atender los servicios en el Hotel el Peñón, en diferentes áreas, por un determinado valor anual, sin que se precise sí se realiza la transferencia de la empresa y a qué titulo, ni tampoco se diga nada sobre la razón social de la entidad ni respecto de su actividad, como sobre la vivencia y la continuidad de los contratos de los trabajadores; además, porque como se indica en el contenido de la resolución acusada No. 003296 de 1989 (folio 13 *ibídem*), se deja abierta la posibilidad de que Administrar Limitada tome a su cargo la totalidad de la administración del Hotel el Peñón, de donde se infiere que la empresa Lago Mar el Peñón S.A., no obstante lo sostenido en el referido contrato, continua siendo el patrono en algunas áreas del establecimiento comercial, existiendo como existe dicha persona jurídica, lo que se encuentra demostrado a través de la correspondiente certificación de la Cámara de Comercio (folios 40 y 41 *ibídem*).

De otro lado, en el caso *sub-examine* no está acreditado el requisito, dentro de la supuesta sustitución de patronos a que alude la parte actora en el escrito demandatorio, de que se haya producido la continuidad de los trabajadores que se encontraban al servicio de la empresa Lago Mar el Peñón S.A.

Por el contrario, lo que está demostrado en el proceso, como lo anota el señor Procurador Cuarto Delegado (folio 321 *ibídem*), es que varios trabajadores

fueron despedidos y algunos de ellos presionados para que suscribieran unos nuevos contratos, acorde con las reclamaciones que fueron presentadas ante la Inspección Nacional de Trabajo y Seguridad Social de Girardot y de los documentos relacionados con los procesos adelantados en el Juzgado Laboral del Circuito de este Municipio (folios 27, 31. a 35, 212 a 272 cdno ppal; 13 a 16 cdno. No. 2), situaciones que no son propias del fenómeno de la sustitución patronal, como ya se dijo.

Es indispensable demostrar para que ésta se produzca, que la relación laboral no ha terminado por haber continuado la empresa el giro ordinario de sus negocios o por otra circunstancia similar, lo cual la parte demandante no logró probar en el proceso.

Lo que más bien parece haber sucedido en este caso, como se expone en la parte considerativa de la resolución No. 003296 de 1989 (folio 13 *ibídem*) y lo expresa la vista fiscal (folio 321 *ibídem*), es que aquí se presentó la figura del simple intermediario, consagrada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, aceptando en gracia de discusión que en el caso *sub-júdice* se configuró la sustitución patronal, la cual requiere para que opere, como ya se manifestó, de la continuidad de la empresa y de sus trabajadores, no se ve la razón para que exista impedimento por está circunstancia para que se pudiera constituir el sindicato, lo cuál daría lugar más bien a una reforma estatutaria en cuanto al nombre, pero no para que se desconociera por este aspecto el reconocimiento de la personería jurídica a la organización sindical, como lo sostiene la mencionada resolución impugnada por la parte actora.

Por último, no existe prueba alguna en el expediente, de que los integrantes de la Junta Directiva del Sindicato no reuniesen los demás requisitos legales indispensables para la validez de su elección.

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 Lago Mar el Peñón S.A. en el proceso incoado en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 001161 del 7 de abril de 1989 y 003296 del 25 de agosto del mismo año, proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero De Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos A. Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRALOR MUNICIPAL / SUSPENSION EN EL CARGO / PROCESO DISCIPLINARIO / DESTITUCION - Improcedencia

La decisión que tomó el concejo municipal de Santa Marta el día 25 de mayo de 1988 de remover al actor como Contralor Municipal de Santa Marta, viola ostensiblemente el artículo 103 del Decreto Ley 1333 de 1986, pues ella se produjo sin que existiera solicitud judicial o de la Procuraduría General de la Nación y a sabiendas de que la sanción impuesta había sido recurrida y con pleno conocimiento de lo dispuesto en el artículo 103 del Código de Régimen Municipal.

CONTRALOR MUNICIPAL / SUSPENSION EN EL CARGO / CONCEJO MUNICIPAL - Facultades / POTESTAD DISCIPLINARIA / FUNCION PUBLICA MUNICIPAL - Régimen Aplicable

Tanto la Ley 11 de 1986 como el Código de Régimen Municipal (Decreto Ley 1333 de 1986) excluyeron al consejo municipal como autoridad que podía suspender disciplinariamente al Contralor Municipal según quedó examinado. Fue el propio legislador quien posteriormente, por reenvío de normas, estableció que el estatuto sobre régimen disciplinario de los empleados públicos administrativos del orden nacional sería aplicable a los empleados municipales. Examinando la literalidad del artículo 10 de la Ley 49 de 1987 se observa que ella no prescribió que algunas instituciones jurídicas, términos o funcionarios previstos en la Ley 13 de 1984 no tuvieran aplicación alguna en el Municipio. Debe advertirse que el administrado puede en cualquier momento dirigirse al Ministerio Público en procura de que se vigile la investigación que se le adelanta o solicitar que éste asuma la investigación

correspondiente conforme lo prevé el artículo 11 de la Ley 13 de 1984. Se produjo así la inserción de la Ley 13 de 1984 en la función pública municipal, mediante una aplicación general sin exclusión o excepción alguna de parte de su articulado. De esta manera el Concejo Municipal adquirió potestad disciplinaria sobre sus empleados de elección como la es el Contralor Municipal. En estas condiciones, la decisión de suspender al actor, se tomó acorde con las normas legales vigentes, no estando llamado a prosperar el ataque que el actor le hace por este aspecto al acto acusado.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: EXPEDIENTE No. 5371 Actor: JORGE ENRIQUE CHARRIS ATENCIO. ASUNTOS MUNICIPALES

JORGE ENRIQUE CHARRIS ATENCIO, solicita se declare la nulidad de la orden de suspensión en el ejercicio de sus funciones como Contralor Municipal, aprobada por el Consejo Municipal de Santa Marta, el día 3 de mayo de 1988 y del acto mediante el cual esa misma Corporación el día 25 de mayo de 1988 lo separó definitivamente de su cargo sin haber vencido el correspondiente período.

Fundamenta su solicitud en que si bien es cierto la Procuraduría Regional de Santa Marta adelantaba en su contra un proceso disciplinario, dicho organismo no solicitó la suspensión ni la remoción del cargo y tampoco lo pidió un Juez de la República, violándose en esas condiciones tanto la Constitución Política (1886) como el artículo 103 del Código de Régimen Municipal contenido en el Decreto ley 1333 de 1986.

Señala que si bien la Procuraduría Regional en la fecha en que el Consejo Municipal tomó las decisiones que ahora acusa, lo sancionó con destitución, el Procurador Delegado para la vigilancia administrativa en desarrollo del recurso de apelación revocó dicha sanción y declaró la invalidez de lo actuado a partir del pliego de cargos inclusive.

El Municipio de Santa Marta se opuso a las pretensiones del actor remitiendo los argumentos a lo que resultara probado en el expediente.

SECCION SEGUNDA

En el término del traslado para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

El Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, conceptúa en la vista fiscal que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar puesto que el Consejo Municipal carecía de competencia para remover al actor en la forma y términos en que procedió. En uno de sus apartes, expresó lo siguiente:

> "A nuestro modo de ver, el Consejo de Santa Marta al expedir la Proposición 015 de mayo 3/88 y la determinación asumida el 25 de mayo del año aludido, por la cual reemplaza en sus funciones de Contralor Municipal, violó en forma abstencible (sic) los art. 26 y 28 de la Constitución Nacional y se llevó de conteras también el art. 103 del Dcto. 1333/86".

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia denegó la solicitud de anulación del acto mediante el cual el actor fue suspendido por causa disciplinaria, en atención a que el Consejo Municipal podía tomar esa determinación, pues, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 49 de 1987 a los empleados municipales debe aplicárseles la Ley 13 de 1984, y el Decreto Reglamentario 482 de 1985 y el nominador podía tomar esa determinación.

Declaró nulo el Acuerdo Municipal que ordenó la remoción del actor por cuanto no tenía atribución para ello, pues esa solicitud debía hacerla o bien la Procuraduría General de la Nación, o bien un Despacho Judicial, lo cual no ocurrió, violándose el artículo 103 del Código de Régimen Departamental.

Como la anterior decisión no fué apelada, llegó a ésta Corporación en grado de **consulta**, ante la cual guardaron silencio las partes en el término del traslado para alegar.

El **Fiscal Cuarto** del Consejo de Estado solicita se pronuncie fallo inhibitorio en cuanto a la solicitud de nulidad del acto de suspensión provisional por causa disciplinaria, en atención a que se trata de un mero acto de trámite, y respecto del acto de remoción solicita se confirme la declaratoria de nulidad sin ordenar el reintegro por haber terminado el período y sin disponer el pago de los días de suspensión.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Quedó debidamente probado con la copia auténtica del acta de elección de empleados municipales por parte del Concejo Municipal, que lleva el No. 021 del día 4 de noviembre de 1986, que el actor fue elegido Contralor Municipal para el período comprendido entre el primero de enero de 1987 al 31 de diciembre de 1988. Este mismo hecho consta en el Acta de Posesión No. 533 de 29 de diciembre de 1988, suscrita por el Alcalde de Santa Marta.

2) Como ni en el acta de designación ni en ningún otro documento se dice expresamente que el nombramiento se hizo en propiedad, debe deducirse que ésta es su naturaleza en virtud de que en dicha acta se expresó que el nombramiento se efectuaba "dentro de los términos de la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 de 1986", de una parte, y de la otra, porque ante la demanda, el Municipio de Santa Marta guardó silencio y no planteó que se tratara de un nombramiento en interinidad o en provisionalidad. Además dicho período se refería al término legal que el Código de Régimen Municipal en el Artículo 306 había señalado para que todos los Contralores del país, iniciaran sus funciones. Textualmente expresa esta disposición:

> "Los Contralores Municipales serán elegidos para períodos de dos años que empezaran a contarse el primero (1°.) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987)."
>
> "(...)"

3) Debe señalarse que la suspensión en el ejercicio del cargo de Contralor, se produjo el día 3 de mayo de 1988 con base en que al actor se le adelantaba una investigación disciplinaria y dentro de la cual en primera instancia, le había sido impuesta la sanción de solicitud de destitución y aún bajo la circunstancia conocida por la propia Corporación Municipal de que esa sanción se encontraba apelada por el demandante.

En su parte pertinente la proposición que condujo a la suspensión, expresaba lo siguiente:

> "1°. Que ésta Corporación en visita practicada a las Dependencias de la Contraloría Municipal de Santa Marta, detectó una serie de irregularidades, las cuales fueron denunciadas en su oportunidad ante la Procuraduría Regional del Distrito;

SECCION SEGUNDA

2°. Que mediante Resolución No. 17 de fecha 25 de marzo de 1988 la Procuraduría, en primera instancia impuso al titular del Despacho doctor JORGE CHARRIS ATENCIO, sanción de solicitud de destitución;

3°. Que tal providencia fué apelada por el acusado y el expediente se encuentra actualmente en la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en la ciudad de Bogotá para que se resuelva el recurso;

4°. Que ésta Corporación Edilicia considera procedente y oportuno suspender provisionalmente del cargo de Contralor General del Municipio, al doctor JORGE CHARRIS ATENCIO, para que la investigación siga su curso sin ninguna interferencia por el funcionario acusado.

En vista de los considerandos anteriores proponemos: Suspéndase del cargo de Contralor Municipal de Santa Marta, al doctor JORGE CHARRIS ATENCIO por el término de treinta (30) días, prorrogables treinta (30) días más, mientras se conoce la decisión del señor Procurador General de la Nación, al resolver la alzada de que fué objeto la Resolución No. 17 del 25 de marzo de 1988, emanada de la Procuraduría Regional de Santa Marta.

En consecuencia se procede en ésta misma Sesión proveer del cargo de Contralor Municipal, en vista de la suspensión de que ha sido objeto el Contralor titular doctor JORGE CHARRIS ATENCIO.-" (se subraya)

4) El retiro definitivo del servicio del actor se ordenó por el Consejo Municipal 22 días más tarde, según consta en el Acta del 25 de mayo de 1988 y sin que, aún, la Procuraduría General de la Nación se hubiera pronunciado sobre el recurso interpuesto contra la solicitud de destitución, pues este organismo contralor solamente se pronunció hasta el 15 de junio de 1988, revocando la solicitud de destitución.

5.) Sobre la remoción del demandante, en su parte pertinente del Acta del Consejo Municipal se dijo lo siguiente:

"...el Honorable Concejal YANES SILVERA dá lectura al informe rendido al señor Procurador Regional del Distrito Judicial de Santa Marta por la Comisión de los Honorables. Concejales: MIGUEL VENGOECHEA SILVA, CARLOS YANES SILVERA, CARLOS NERY LOPEZ CARBONO, ALFREDO PERALTA CARRILLO, ORLANDO CEBALLOS PINEDO Y DONALDO THOMSON EN CUMPLIMIENTO a la designación que le hiciera la Presidencia de la

Corporación, informe que se anexa a la presente Acta y que termina con la Proposición No. 041 que dice "EN VISTA DE TODO LO ANTERIOR LA COMISION PROPONE: PROCEDASE A LA ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL POR EL RESTO DEL PERIODO",. Al ser puesto en discusión solicita la palabra el Honorable Concejal NOGUERA RAMIREZ y manifiesta: "SEÑOR PRESIDENTE SI EL INFORME QUE RINDE LA COMISION RESPECTO A LA CONTRALORIA ME PARECE QUE ESTA DENUNCIANDO UNAS CUESTIONES Y UNOS MANEJOS ADMINISTRATIVOS SEGUN SE DICE UN POCO DOLOSOS DESAFORTUNADAMENTE NO ESTOY DE ACUERDO CON LA PROPOSICION, PIENSO PORQUE EL DECRETO 1333 DE 1986 QUE ES EL NUEVO CODIGO DE REGIMEN MUNICIPAL EN UNOS DE SUS ARTICULOS ESTABLECE QUE SOLAMENTE PODRA SER REMOVIDO EL CONTRALOR MUNICIPAL POR DECISION JUDICIAL O POR DECISION DE LA PROCURADURIA, LA PROCURADURIA AL PARECER YA SE PRONUNCIO EN UNA INVESTIGACION Y SOLICITO LA DESTITUCION; PERO EL CONTRALOR SUSPENDIDO INTERPUSO LOS RECURSOS DE REPOSICION Y DE APELACION LOS CUALES NO HAN SIDO SURTIDOS POR ESO ANUNCIO MI VOTO NEGATIVO A LA ELECCION EN CUESTION QUE ES LO UNICO PORQUE NOS LO IMPIDE LA LEY, ES MI CRITERIO PERSONAL, NO PORQUE NO ESTOY DE ACUERDO LA VERDAD ES QUE NO DEBERIA DE SEGUIR DESEMPEÑANDO EL CARGO POR LAS ACTUACIONES QUE HA TENIDO, PERO ANUNCIO MI VOTO NEGATIVO A LA PROPOSICION PORQUE ESTAMOS TRANSGREDIENDO LA LEY AQUI, CUANDO LAS ACTUACIONES DEL SEÑOR PERSONERO MUNICIPAL SEÑOR RAFAEL POSADA HUBO PROBLEMAS PRECISAMENTE PORQUE UN ACUERDO APROBADO AQUI POR EL CONSEJO MUNICIPAL SE NEGO EN EL ARTICULO 14 EL FAMOSO RECURSO DE REPOSICION PERO ESO LO CONSAGRO LA LEY Y LO CONSAGRA EL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CUESTION QUE EL PERSONERO A PESAR DE SER ABOGADO Y VEEDOR CONCEDIA O NO CONCEDIA A SU LIBRE ALBEDRIO; Y AQUI ESTAMOS AHORA DESCONOCIENDO LA CUESTION DE LOS RECURSOS. POR ESO ANUNCIO MI VOTO NEGATIVO A ESA PROPOSICION EN BASE AL ARTICULO DEL DECRETO 1333/86 QUE NO PROHIBE SINO POR DECISION JUDICIAL". Cerrada la discusión es aprobada la Proposición con la constancia del voto negativo del Honorable Concejal NOGUERA RAMIREZ". (se subraya)

El informe al cual se refiere la proposición y que fuera entregado al

Procurador Regional, no fue anexado al acta que se allegó al expediente y en el proceso no se estableció su contenido.

6) La revocatoria de la sanción se produjo por parte del Procurador Tercero Delegado para la vigilancia Administrativa, mediante Resolución No. 629 de 15 de junio de 1988, con base en que las imputaciones se efectuaron al actor mediante normas aplicables a empleados del orden nacional y que en ese momento no podían predicarse como violadas por un empleado municipal, así como con disposiciones muy genéricas y sin allegarse al proceso copia de las normas de carácter local que se decían violadas. Dijo al respecto la Procuraduría:

> "Por aparecer vagos los cargos y por citarse normas del Orden Disciplinario que no le son aplicables al encartado y de conformidad con el articulo 24 del Decreto 3404 de 1983, numerales 5 y 6 la PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA,
>
> **RESUELVE:**
>
> PRIMERO.- DECLARAR LA INVALIDEZ de todo lo actuado a partir del pliego de cargos, inclusive, (folios 123-124), de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de este proveído, debiendo el *a-quo* proceder de conformidad, conservando su valor las pruebas legales aportadas.
>
> SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, REVOCAR en todas sus partes la Resolución No. 17 de marzo 25 de 1988, por medio de la cual el Procurador Regional de Santa Marta, SANCIONO con solicitud de DESTITUCION al doctor JORGE CHARRIS ATENCIO, identificado con C.C. No. 12.540.359 de Santa Marta, en su condición de Contralor Municipal de la susodicha ciudad". (se subraya)

La decisión final que se haya tomado respecto de este proceso disciplinario no quedó establecida en el *sub-lite.*

7) De acuerdo a lo antes expuesto, deberá examinarse si la decisión de remoción del Contralor Municipal se ajustó a la ley. Para ello deberá transcribirse el articulo 103 del Código de Régimen Municipal cuyo texto expresa:

> "Los Contralores, Personeros, Tesoreros, Auditores y Revisores que ejerzan el cargo en propiedad, sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación". (se subraya)

Como el texto previsto en el artículo 64 de la Ley 11 de 1986 es idéntico, se estima innecesaria su transcripción.

El artículo 25 de la Ley 78 de 1986 preceptúa:

> "Suprímase las palabras "tesorero" o "tesoreros municipales" en los artículos 87, 101, 103, 153, 288, inciso segundo, 289 inciso 2°. del Decreto 1333 de abril 25 de 1986".

8) Sin lugar a dudas la decisión que tomó el Concejo Municipal de Santa Marta el día 25 de mayo de 1988 de remover al actor como Contralor Municipal de Santa Marta, viola ostensiblemente el articulo 103 del Decreto Ley 1333 de 1986, pues ella se produjo sin que existiera solicitud judicial o de la Procuraduría General de la Nación y a sabiendas de que la sanción impuesta había sido recurrida y con pleno conocimiento de lo dispuesto en el articulo 103 del Código de Régimen Municipal puesto que el Concejal NOGUERA RAMIREZ así lo expuso en la sesión, sin que su manifestación tuviera eco en quienes tomaron la decisión.

Por consiguiente para los efectos pecuniarios si a ellos hubiere lugar, la Sala estima que dicha violación fue manifiesta. Al respecto cabe citar lo que dice el artículo 297 del Decreto Ley 1333 de 1986:

> "Los Municipios repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa. Las violaciones de la ley, para estos efectos deben haber sido manifiestas u ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad judicial".

No obstante no habrá lugar a repetir contra quienes así procedieron en caso de que el actor hubiere sido sancionado o destituído.

9) Tampoco puede pensarse que la remoción era indispensable para evitar mayores perjuicios a la administración municipal, porque el funcionario había sido suspendido en el ejercicio de sus funciones 22 días antes por esa misma Corporación.

Por consiguiente, la Sala estima que el acto de remoción del Contralor CHARRIS ATENCIO viola el artículo 103 del Código de Régimen Municipal y por tal motivo deberá anularse.

10) La Sala estima que en atención a los antecedentes legales tales como el artículo 103 del C.R.M. y las leyes 49 de 1987 y 13 de 1984, y la impugnación

que por incompetencia formula el actor a la decisión del Consejo Municipal y su íntima relación con la remoción que implica en la práctica una destitución que no fue tomada por el organismo investigador, habrá de examinarse esta situación como sigue.

b) El Artículo 10 de la Ley 49 de 1987, preceptúa lo siguiente:

"Mientras se expide el régimen disciplinario para el Alcalde y demás empleados municipales, además de lo dispuesto en leyes vigentes, les será aplicable el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional". (se subraya)

c) Los artículo 11 y 21 de la ley 13 de 1984 preceptúan lo siguiente:

"ARTICULO 11: **INVESTIGACION POR LA PROCURADURIA**

En cualquier momento la Procuraduría General de la Nación podrá iniciar o asumir una investigación disciplinaria, caso en el cual la entidad deberá suspender las diligencias que estuviera adelantando y pondrá a disposición de la Procuraduría todos los documentos que sean pertinentes.

No obstante lo anterior, la entidad podrá hacer uso de la suspensión prevista en el Artículo 21". (se subraya)

"ARTICULO 21: **SUSPENSION PROVISIONAL:**

En el caso de que la conducta investigada corresponda a alguna de las señaladas en el Artículo 15 de esta ley, la autoridad nominadora podrá separar el funcionario provisionalmente del servicio hasta por un término que no podrá exceder de 30 días calendario prorrogable por un término igual dentro de los cuales deberá culminar la investigación disciplinaria correspondiente.

En caso de que no se impusiere sanción de destitución o suspensión, o que la que se impuso fuere inferior al término de separación del servicio, tendrá derecho al reconocimiento y pago de las sumas correspondientes". (se subraya)

Por consiguiente deberá examinarse si el Concejo Municipal, como autoridad nominadora podía suspender en el ejercicio del cargo al Contralor

Municipal como lo dispone la ley 13 de 1984, o dar aplicación estricta al artículo 103 del Decreto Ley 1333 de 1986, sin entenderlo modificado.

11) Sin lugar a dudas tanto la ley 11 de 1986 como el Código de Régimen Municipal (Decreto Ley 1333 de 1986) excluyeron al Concejo Municipal como autoridad que podía suspender disciplinariamente al Contralor Municipal según quedó examinado.

12) Fué el propio legislador quien posteriormente por reenvío de normas, estableció que el estatuto sobre régimen disciplinario de los empleados públicos administrativos del orden nacional sería aplicable a los empleados municipales. Examinando la literalidad del artículo l0 de la ley 49 de 1987 se observa que ella no prescribió que algunas instituciones jurídicas, términos o funcionarios provistos en la ley 13 de 1984 no tuvieran aplicación alguna en el Municipio.

Debe advertirse que el administrado puede en cualquier momentos dirigirse al Ministerio Público en procura de que se vigile la investigación que se le adelanta o solicitar que éste asuma investigación correspondiente conforme lo prevé el artículo 11 de la ley 13 de 1984.

Se produjo así la inserción de la ley 13 de 1984 en la función pública y municipal, mediante una aplicación general sin exclusión o excepción alguna de parte de su articulado.

De ésta manera el Concejo Municipal adquirió potestad disciplinaria sobre sus empleados de elección como lo es el Contralor Municipal. En éstas condiciones, la decisión de suspender al actor, se tomó acorde con las normas legales vigentes, no estando llamado a prosperar el ataque que el actor le hace por este aspecto al acto acusado.

Como restablecimiento, el demandante tendrá derecho al pago de sueldos y prestaciones a partir del 3 de mayo en virtud de que no consta que se haya impuesto sanción de suspensión o destitución y hasta el 31 de diciembre de 1988, fecha en que venció su período legal, salvo que el actor en este período hubiere sido destituído o sancionado con suspensión, porque en tal caso no se pagará suma alguna en dinero a partir de la ejecutoria de la providencia que ordene su retiro o por el término de la referida suspensión disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA Y EN LA CUAL EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA DECLARO LA NULIDAD DEL ACTO PROFERIDO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DE FECHA 25 DE MAYO DE 1988 Y MEDIANTE EL CUAL FUE REMOVIDO DEL SERVICIO EL CONTRALOR MUNICIPAL DE SANTA MARTA.

SEGUNDO: Al actor deberán deducírsele aquellas sumas de dinero percibidas con ocasión de un vínculo laboral con el Estado o una entidad oficial, en el período comprendido entre el 3 de mayo de 1988 fecha de su retiro y el 31 de diciembre de 1988, en cumplimiento a lo dispuesto en el Articulo 128 de la C.N.

TERCERO: En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, (aclara voto); *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna,* (ausente)*; Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

Nota de Relatoría: El salvamento de voto del Dr. CARLOS ORJUELA GONGORA es el mismo sostenido en el Exp. 4960 de fecha marzo 23 de 1993.

SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios / CONYUGE *SUPÉRSTITE* / DERECHO PREFERENCIAL / COMPAÑERA PERMANENTE

El cónyuge *supérstite* o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, bien sea que la persona hubiese fallecido antes de cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación, pero sí el tiempo de servicio requerido al efecto, o que al momento de su deceso estuviese disfrutando de ella, tiene derecho, por sustitución, a que se reconozca en su favor tal prestación. Mas como el cónyuge ostenta el derecho preferencial para acceder a ella, la Ley 12 de 1975, definió cuando se pierde esa prerrogativa, aclarando que ello ocurre cuando por su culpa no viviere unido al causante en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

SUSTITUCION PENSIONAL / EMPLEADO MUNICIPAL / NORMA NACIONAL - Inaplicación.

La controversia planteada en el *sub lite* no puede dilucidarse con base en lo dispuesto en los decretos 1045 de 1978 y 1660 de 1989, invocados con la colaboradora fiscal, en virtud de que el primero, fija reglas generales para la aplicación de la normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional y el señor Santos Duitama Ojeda, de cuya sustitución pensional se trata, fué un servidor del sector municipal y por que su fallecimiento acaeció el 18 de julio de 1988, ésto es, con antelación a la expedición del decreto 1660 de 1989. De modo que la situación fáctica que aquí se presenta no puede gobernarse por los preceptos consagrados en tales estatutos.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5619. Asuntos Municipales. Actor: TRANSITO SANCHEZ ARGUELLO.

La señora Tránsito Sánchez Arguello, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander para pedir la declaración de nulidad de la resolución número 972 de 5 de abril de 1989 de la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga, por la cual se repuso la número 1539 de 1988 y se reconoció a la señora Alcira Rodríguez de Duitama el derecho a disfrutar, por sustitución, la pensión mensual vitalicia de jubilación correspondiente al señor Santos Duitama Ojeda. Solicita además que, en consecuencia, se ordene reconocerle y pagarle el mencionado derecho pensional y las mesadas correspondientes, a partir del 18 de julio de 1988, fecha del fallecimiento del señor Duitama Ojeda.

Los hechos en que se sustentan las pretensiones se sintetizan así:

- El señor Santos Duitama Ojeda, quien contrajo matrimonio católico con Alcira Rodríguez, y se separó de ésta, de hecho, en 1978 y de bienes mediante sentencia de 1o. de diciembre de 1982, emanada del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, disfrutaba de una pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida por la Caja de Previsión Social de esa ciudad, desde 1987 y falleció el 18 de julio de 1988.

- La demandante que desde el año de 1978 vivió continua y permanentemente con el señor Duitama Ojeda y lo asistió y ayudó en sus últimos años de vida, al igual que la señora Alcira Rodríguez, en su condición de cónyuge *supérstite*, reclamaron la sustitución de la pensión que aquel disfrutaba.

- La Caja de Previsión mencionada, mediante resolución número 1539 de 3 de octubre de 1988, le reconoció a la actora el derecho a disfrutar, por sustitución, de dicha prestación. No obstante, esta decisión fue revocada por el acto acusado, por el cual se dispuso reconocer ese derecho a la señora Alcira Rodríguez, sin tener en cuenta que en el proceso obraban pruebas que acreditaban que el señor Duitama Ojeda no vivía con su esposa desde 1987, -por causa de ésta, -sentencia de separación de bienes y testimonios de Hilda Herrera de Luna, Raúl Otero Corzo y Cecilia Pinzón de Rodríguez, y que la actora era

compañera permanente del causante documento suscrito por Duitama Ojeda el 19 de agosto de 1987, dirigido a la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga-.

Cita como disposiciones transgredidas por los actos acusados los artículos 1o. de la ley 12 de 1975 y 2o. de la ley 113 de 1985, sobre cuyo concepto de violación discurre a folios 41 a 44 del expediente.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada declaró la nulidad del acto acusado y ordenó a la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga reconocerle a la demandante el derecho a disfrutar, por sustitución, de la pensión de jubilación que percibía el señor Santos Duitama Ojeda, para lo cual, luego de precisar que las leyes 12 de 1975 y 113 de 1985 extendieron al compañero y compañera permanente el derecho a la sustitución pensional del trabajador fallecido después de haber cumplido el tiempo de servicio requerido para tener derecho a la pensión de jubilación, sin haber cumplido la edad, de determinar cuáles eran los medios probatorios idóneos para acreditar la calidad de compañero o compañera permanente y de indicar que el Decreto 1660 de 1989, sólo exige el estado civil de soltero al compañero o compañera y no al causante, expresó :

> "En el caso que nos ocupa, no estando demostrado que la demandante Tránsito Sánchez Arguello tuviese el estado civil de casada, a más del de compañera permanente del difunto Santos Duitama forzoso es concluir que ella es la titular del derecho a la sustitución pensional, ya que el estado civil de casada no es presumible como que precisa demostrarse y en forma debida con el acta respectiva del matrimonio". (folios 219 y 220).

EL RECURSO

El apoderado de la señora Alcira Rodríguez de Duitama al sustentar la alzada aduce que el artículo 55 de la ley 90 de 1946, le confiere derechos para la sustitución pensional a la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte. Sin embargo, aunque la demandante demostró que hizo vida marital con el señor Santos Duitama Ojeda durante dicho lapso, también aparece acreditado que subsistía el vínculo matrimonial entre ella y el causante, y esa circunstancia, asevera, impide la aplicación de la citada norma, por cuanto los derechos de la mujer que haga vida marital con el asegurado, están condicionados a la falta de la viuda.

Funda igualmente su censura en el hecho de que el a quo sustenta el fallo en el artículo 54 del Decreto 1045 de 1978, cuando en esta norma se estatuye

la imposibilidad de conocer la calidad de compañera, cuando el asegurado tenga el estado civil de casado, y en el *sub-lite* se halla demostrado que Santos Duitama ostentaba esa calidad, y no se puede admitir que se está frente a la excepción que allí se consagra salvo en casos de separación de cuerpos-, pues en autos no figura la sentencia judicial de separación de cuerpos entre ella y el señor Duitama Ojeda.

Y finaliza el recurrente arguyendo que:

> "Curiosamente el Honorable Tribunal, hace referencia a la ley 12 de 1975, omitiendo referirse a la ley 113 de 1985, que adicionó la ley 12 de 1975; estableciendo en su artículo primero que para los efectos del artículo primero de la ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge *supérstite* el esposo o esposa de la persona fallecida siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte. Cosa que esta plenamente probada dentro del proceso". (folio 224).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado opina que la sentencia debe confirmarse, por cuanto se encuentra demostrado que la señora Alcira Rodríguez de Duitama no es beneficiaria de la sustitución pensional de su esposo, en virtud de que la sociedad conyugal fue disuelta por la causal 3o. del artículo 1820 del Código Civil y el artículo 47 del Decreto 1045 de 1978, estipula que en tal evento se pierde el derecho a esa prestación social.

En cambio, asevera, en autos se demostró "que la demandante hizo vida marital con el causante en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, que ocurrió el día 18 de febrero de 1988. Así lo declararon extrajuicio, ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bucaramanga, el señor Raúl Otero Corzo, las señoras Cecilia Pinzón de Rodríguez, Helda Herrera de Luna y, también ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga esta última". (folios 243 y 244).

Llegado el momento de fallar el recurso, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer lugar, la Sala debe precisar que la controversia planteada en el *sub lite* no puede dilucidarse con base en lo dispuesto en los Decretos 1045 de 1978 y 1660 de 1989, invocados por la colaboradora Fiscal, en virtud de que el primero, fija reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional y

el señor Santos Duitama Ojeda, de cuya sustitución pensional se trata, fué un servidor del sector municipal y porque su fallecimiento acaeció el 18 de julio de 1988, esto es, con antelación a la expedición del Decreto 1660 de 1989. De modo que la situación fáctica que aquí se presenta no puede gobernarse por los preceptos consagrados en tales estatutos.

Por regular en forma general lo concerniente a la sustitución pensional, vale decir, tanto para los trabajadores particulares como para los empleados o trabajadores del sector público de cualquier orden y por hallarse vigente en ese momento histórico (deceso del señor Duitama Ojeda), son disposiciones aplicables al caso debatido, las contenidas en las leyes 12 de 1975 y 113 de 1985 preceptúan:

> "LEY 12.- ART. 1o.- El cónyuge *supérstite*, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciera 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.
>
> ART.2o.- Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando que por su culpa no viviera unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad".
>
> "LEY 113.- ART. 1o. Para los efectos del artículo 1o. de la ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge *supérstite* el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte.
>
> PARAGRAFO 1o.- El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a pensión.
>
> PARAGRAFO 2o.- Si se diere el caso previsto por el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, sólo tendrá derecho a la pensión de jubilación el hombre o mujer con quien la persona muerta contrajo primer matrimonio.
>
> ART. 2o.- Se extienden las previsiones del artículo 1o. de la ley 12 de 1975 y las disposiciones que las complementan al compañero permanente de la mujer fallecida.

De acuerdo con estas normas, el cónyuge *supérstite* o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, bien sea que la persona hubiese fallecido antes de cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación, pero sí el tiempo de servicio requerido al efecto, o que al momento de su deceso estuviese disfrutando de ella, tiene derecho, por sustitución, a que se reconozca en su favor tal prestación.

Mas como el cónyuge ostenta el derecho preferencial para acceder a ella, la ley 12 de 1975, definió cuando se pierde esa prerrogativa, aclarando que ello ocurre cuando por su culpa no viviere unido al causante en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

Según lo sostiene la apelante, desde mucho antes de la muerte de su esposo, no convivía con él, quien lo hacía con la señora Tránsito Sánchez Arguello.

Siendo el anterior un hecho plenamente establecido, solo, resta establecer si los esposos no vivían unidos por culpa de la cónyuge, asunto respecto del cual los autos demuestran lo siguiente:

- Según la sentencia de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, los testigos que depusieron en el proceso respectivo, entre ellos un hermano de la señora Alcira Rodríguez, quien declaró a petición suya, dan cuenta que el señor Santos Duitama se retiró del hogar, por razón de las salidas cotidianas de aquella para asistir al culto religioso.

El Juez en la sentencia destacó que la testigo María Vargas señaló que la esposa llegaba tarde a casa porque asistía al culto, por lo cual su esposo le reclamaba (fl. 62); que Luis A. Rodríguez hermano de Alcira, ratifica lo expresado por María Barbosa, en el sentido de que por la frecuentes salidas al culto de la esposa, el señor Duitama Ojeda se retiró del hogar.

Así mismo el fallador, concluyó el análisis probatorio, aseverando que del haz de testimonios recepcionados se infería que la esposa del señor Duitama Ojeda cambió de religión y a ella dedicaba varios días de la semana desde las 7 p.m. hasta después de las nueve de la noche y que de ahí surgió un factor grave de perturbación, "que solo puede superarse en casos muy especiales de comprensión o en personas de cierta cultura, no siendo este el caso de los pleitantes". (folio 63).

De otra parte, el señor Humberto Amaya Amaya, quien con su familia vivió en arrendamiento en un apartamento del piso superior de la casa que ocupaban los esposos Duitama Rodríguez, declara que indudablemente la asidua asistencia de Alcira Rodríguez al culto religioso produjo desavenencias entre

ésta y su cónyuge, pues las frecuentes salidas de aquella al culto evangélico, su ausencia de la casa al llegar Santos Duitama a su hogar en horas de la tarde, las preguntas que éste les formulaba acerca de dónde se hallaba su esposa y el hecho de que en ocasiones, hallándose ya acostados (el declarante y su esposa), se percataba de la llegada de Alcira y escuchaba que su esposo le reprochaba por abandonar el hogar por irse para el culto, son demostrativos de tales desavenencias.

Lo dicho por el señor Amaya Amaya, armoniza con lo depuesto en el presente proceso por Helda Herrera de Luna y Cecilia Pinzón de Rodríguez, quienes, en su orden, dicen que los problemas entre los esposos Duitama Rodríguez, según comentarios de Santos, se debieron a que "ella se había ido para otra religión y que a veces no la encontraba en la casa, ni la comida ni la ropa se la atendía, que él ya no tenía ninguna atención en la casa". (folios 183 y 184), y que el "matrimonio se había dañado porque ella había entrado a otra religión". (folio 188).

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Sala, se encuentra acreditado que el causante, al momento de su deceso, no vivía con su cónyuge por culpa de ésta. Por tanto y de conformidad con las previsiones del artículo 2o. de la ley 12 de 1975, perdió el derecho a disfrutar por sustitución de la pensión de jubilación que desde el mes de agosto de 1987, la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga le había reconocido al señor Santos Duitama Ojeda.

No se trata de censurar el abrazo de un nuevo culto, lo cual es el desarrollo de un derecho Constitucional, sino haberse dedicado a los ritos correspondientes, tan asiduamente y en las horas que demandaban su presencia en el hogar, que por su ausencia ocasionaron según las pruebas que obran en el plenario-dificultades de tipo doméstico.

En el expediente también se encuentra demostrado que la señora Tránsito Sánchez Arguello, desde muchos años antes del deceso del señor Santos Duitama Ojeda, más exactamente, como éste lo precisó, desde 1979, era su compañera permanente. No sólo lo afirman las personas que rindieron las declaraciones que aquella adjuntó a la solicitud de sustitución pensional, sino que lo reconoce la esposa de Duitama Ojeda, en varios escritos allegados a los autos y el mismo causante lo atesta en el documento que el 19 de agosto de 1987 presentó a la Caja de Previsión Social de Bucaramanga, en el cual solicitaba que en caso de él fallecer, se le reconociera la pensión de jubilación que disfrutaba a la señora Sánchez Arguello. (folio 37).

De acuerdo con lo expuesto y a la luz de la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en razón de haber acreditado en debida forma, su calidad de

compañera permanente del de *cujus*, con posterioridad a la separación de su esposa y hasta su fallecimiento, procede el reconocimiento a favor de la actora de la sustitución de la pensión de jubilación que aquel venía disfrutando, desde la fecha de su fallecimiento.

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 19 de noviembre de 1990 del Tribunal Administrativo de Santander en el proceso promovido por la señora Tránsito Sánchez Arguello a fin de obtener la declaratoria de nulidad de la resolución número 972 de 5 de abril de 1989, expedida por la Caja de Previsión Social de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fué leído, discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro (Salvo Voto), *Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,*(Salva Voto).

Eneida Wadnnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL - Pérdida / CULPA DE LA CONYUGE *SUPERSTITE* - Inexistencia (Salvamento de Voto)

Por el solo hecho de haber profesado una religión distinta a la católica y asistido asiduamente al culto propio de ella, no puede afirmarse que tuvo la culpa de la separación de su esposo. Menos aún cuando se comprueba que por la misma época en que eso ocurrió, el señor Santos Duitama Ojeda mantenía relaciones sentimentales y convivió con la persona que ahora goza de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente. Parece ser entonces, que quien tuvo la culpa de separación fue el señor Santos Duitama y no su esposa; y en todo caso sin prueba suficiente que demostrara la culpa de esta, no se configuraba la causal de pérdida de la sustitución pensional.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. 5619. Asuntos Municipales. Actora: TRANSITO SANCHEZ ARGUELLO.-

Respetuosamente me aparto de la decisión que mayoritariamente adoptó la Sala, por cuanto considero que la actora de acuerdo con las pruebas analizadas, no ha debido perder el derecho a la sustitución de la pensión de que disfrutó su cónyuge.

Estimo que por el solo hecho de haber profesado una religión distinta de la Católica y asistido asiduamente al culto propio de ella, no puede afirmarse que tuvo la culpa de la separación de su esposo. Menos aún cuando se comprueba que por la misma época en que eso ocurrió, el señor Santos Duitama Ojeda

mantenía relaciones sentimentales y convivió con la persona que ahora goza de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente.

Parece ser entonces, que quien tuvo la culpa de la separación fué el señor Santos Duitama y no su esposa; y en todo caso sin prueba suficiente que demostrara la culpa de está, no se configuraba la causal de pérdida de la sustitución pensional.

Atentamente,

Clara Forero de Castro.

Nota de Relatoría: A este salvamento adhiere la DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

LICENCIA NO REMUNERADA - Término / FUNCIONARIO DE LA RAMA - Vinculado en Propiedad / FUNCIONARIO DE PERIODO / EMPLEADO JUDICIAL

La frase utilizada en el texto del numeral 4.1.2. de la Circular impugnada en cuanto que "En el futuro no se debe conceder licencia para desempeñar otro cargo a los empleados" deberá ser anulada, ya que como se sostuvo en la sentencia aludida del 28 de octubre de 1993 de la Corporación" la norma reglamentaria en ninguna forma limita el derecho que otorgó la ley a los empleados a obtener licencia para ejercer internamente otro cargo, por el contrario, lo que precisa es que mientras que a los funcionarios que tienen período sólo se les puede conceder por el tiempo que falte para completarlo, los empleados no tienen esa restricción". DECLARA NULA LA FRASE "En el futuro no se debe conceder licencia para desempeñar otro cargo a los empleados", contenida en el numeral 4.1.2. de la Circular No. 2 de 11 de mayo de 1988, dictada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

CIRCULAR DE SERVICIOS / ACTO EJECUTORIO / CONTROL JURISDICCIONAL

EL artículo 84 del C.C.A., subrogado por el artículo 14 del Decreto Ley 2304 de 1989, vigente para el momento en que se instauró él escrito demandatorio, determina que es viable solicitar que se declare la nulidad de las circulares de servicio, como en este caso, cuando se solicita la nulidad del aparte de una circular, que según la parte actora afecta los derechos de los empleados judiciales, siendo un acto ejecutorio susceptible de control jurisdiccional. DECLARA NULA LA FRASE "En el futuro no se debe conceder licencia para desempeñar otro cargo a los empleados", contenida

en el numeral 4.1.2. de la Circular No. 2 de 11 de mayo de 1988, dictada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 5710 Autoridades Nacionales Actor: SEGUNDO AYALA SANTAMARIA.-

Segundo Ayala Santamaría, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad del numeral 4.1.2 de la Circular No.2 del 11 de mayo de 1988 y expedida por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

En la demanda en el capítulo de las "NORMAS VIOLADAS" (folios 7 y 8 cdno. ppal.), se citan como disposiciones infringidas, los artículos 55, inciso 2, y 76 de la Constitución Política anterior; 27 del decreto 250 de 1970; 100 del decreto 1660 de 1978.

Expone el concepto de la violación de la demanda, manifestando que la función legislativa por mandato de la Carta corresponde en primer orden al Congreso de la República, encargado de dictar las leyes; que en segundo lugar lo puede hacer el Gobierno Nacional, por facultades, evento en el cual sólo puede legislar sobre las materias que expresamente se le indiquen; que en el caso *sub-lite*, el Gobierno fue facultado para poner en funcionamiento la carrera judicial, algunas de cuyas normas fueron declaradas inexequibles por exceso en el ejercicio de la facultad extraordinaria otorgada, es decir, que se dio un caso de extralimitación de funciones, en el campo especifico de las licencias; que en igual equivocación incurrió el Consejo Superior de la Administración de Justicia, debido a que dentro del conjunto de atribuciones que se le concedieron para administrar la carrera judicial, en momento alguno se le dieron atribuciones para "legislar" sobre normas administrativas que regulen situaciones de esta índole, menos la de prohibir al nominador el otorgar licencias, como ocurre con la disposición demandada para que deje de regir, por que esa facultad de prohibición está reservada al legislador ordinario o al facultado cuando reciba autorización para el efecto; que en este asunto el Consejo Superior de la Administración de Justicia no podía en modo alguno "legislar" de la manera como lo hizo, razón por la cual rebasó el ámbito de sus funciones, como son las de "fijar políticas y programas para la convocatoria, selección, ingreso y ascenso

en la carrera", por lo que se dio base para instaurar la acción de nulidad, pues el acto se llevó a cabo con "desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera"; que en el acto impugnado existió además el vicio de violación de la ley, el que se produce cuando la administración, en este caso, el Consejo Superior de la Administración de Justicia, ordena una cosa distinta de lo que la ley determina; que en efecto, el decreto 250 de 1970 otorgó el derecho a licencia, estableciendo su alcance y finalidad, pero por sobre todo señalando la limitación del caso; que por ende, no podía dicho organismo disponer cosa distinta; menos prohibir sobre un tema para el cual carecía de soporte legal, si el mismo legislador consagró implícitamente las prohibiciones sobre el tópico a la efectividad de tal derecho (folios 8 a 10 *ibídem*).

El apoderado de la Nación (Ministerio de Justicia) en la contestación de la demanda (folios 36 a 39 *ibídem*), se opone a las pretensiones del libelo y manifiesta que en este asunto el Consejo Superior de la Administración de Justicia al dictar la circular No.2 de mayo 11 de 1988 no se extralimitó en sus funciones ni se desvió en el ejercicio de las mismas; que los artículos 3° del decreto 250 de 1970, 2° del decreto 1660 de 1978 y 2° del decreto 52 de 1987, son claros y expresos al señalar quienes son funcionarios y quienes son empleados; que el artículo 25 del decreto No. 1660 de 1978 destaca que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional son los únicos que tienen período; que los demás cargos no tienen período; que la licencia es única y exclusiva para los funcionarios designados en propiedad; que el citado organismo al proferir la circular acusada, lo que hizo fue recordar el régimen jurídico que los regula, recordando así mismo algunos de los deberes de los funcionarios contemplados en el artículo 25 del decreto 52 de 1987; que este tipo de licencias se estaban otorgando a personas que no tenían derecho, como son los empleados de la Rama Jurisdiccional; que como estas licencias estaban siendo mal concedidas, el Consejo Superior fijó su política de ingreso y ascenso en la carrera para regular a los empleados esta situación, y que es una de las funciones que tiene este organismo, de conformidad con el artículo 10, numeral 1, del decreto 52 de 1987.

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado es de opinión que en el caso *sub-judice* se profiera decisión inhibitoria (folios 56 a 65 *ibídem*), puesto que la circular en estudio está simplemente dando una instrucción, señalando lo dispuesto en la ley y, por consiguiente, no produce efectos jurídicos, no siendo por lo tanto acto administrativo susceptible de ser enjuiciado.

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

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES :

Como ya se dijo, se trata de dilucidar en el caso *sub-judice* la legalidad del numeral 4°. 1.2 de la Circular No.2 del 11 de mayo de 1988, cuyo contenido es el siguiente:

"Licencias para desempeñar otro cargo en la Rama Jurisdiccional.

Esta Licencia sólo fue creada por el Decreto 250 de 1970 para funcionarios vinculados en propiedad, y sólo se puede extender hasta la finalización del período correspondiente. Se puede otorgar para desempeñar otros cargos en la Rama Jurisdiccional, con nombramiento provisional (artículos 25 y 27 del Decreto 250 de 1970, e inciso 2o. del artículo 100 del Decreto 1660 de 1978).

En la actualidad a muchos empleados se les ha concedido licencias de este tipo, por lo que los Directores Seccionales deben promover una campaña para la realización de concursos encaminados a regular estas situaciones. Los empleados que los aprueben con un buen puntaje, podrán ser nombrados dentro de la carrera en los cargos respectivos; los que no los aprueben, deberán reintegrarse a los cargos en los cuales se les concedió licencia.

En el futuro no se debe conceder licencia para desempeñar otro cargo a los empleados. Si se quiere nombrar provisionalmente en un cargo, mientras se realiza el concurso, a un empleado que esté escalafonado en otro, éste deberá pedir licencia no remunerada. Debe tenerse en cuenta que esta licencia sólo tiene una duración de tres (3) meses, y que por mandato de la ley es improrrogable". (folio 17 vuelto).

Ahora bien, en reciente sentencia de la Corporación, expediente No. 5936, Decreto del Gobierno, actor: Josué Paloma Parra, Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, providencia en la que no se accedió a la declaración de nulidad del artículo 100, inciso 2, del decreto reglamentario 1660 de 1978, aparte final, se señaló que el señor Presidente de la República no incurrió en desbordamiento de su facultad reglamentaria, ni usurpó competencia del legislador, como lo planteó la parte actora en el libelo, cuando con el precepto acusado precisó y dio claridad a lo establecido en el inciso 1° del artículo 27 del decreto ley 250 de 1970 al determinar que tratándose de funcionarios, la licencia podrá otorgarse por el tiempo que falte para completar el período del cargo que venía desempeñando en propiedad.

Dijo la Sala en la citada sentencia:

"El decreto ley 250 de 1970, que vino a ser reglamentado por el decreto 1660 de 1978, estableció en su articulo 3 que tienen la categoría de funcionarios, los magistrados, jueces y fiscales, y que se consideran empleados quienes desempeñan los demás cargos en las corporaciones judiciales y despachos.

La citada disposición legal vino a reinterarse de manera similar en el artículo 2 del decreto 52 de 1987 cuando dispuso que tienen la calidad de funcionarios, los magistrados, jueces y fiscales de la República y que las demás personas que ocupen empleos dentro de la Rama Jurisdiccional y en las fiscalías tienen la categoría de empleados.

El artículo 25 del decreto 1660 de 1978 señaló que tienen período los cargos de Procurador General de la Nación, Procurador Agrario, Fiscal y funcionarios de la rama jurisdiccional y expresa que "los demás cargos no tienen período".

El inciso 1° del artículo 27 del decreto ley 250 de 1970, disposición invocada como infringida en el libelo, consagra que los funcionarios y empleados tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres meses en el año y cuando pasen a ocupar interinamente otro empleo hasta el límite del período del que desempeñen en propiedad."

Y más adelante añadió dicha providencia:

"Ahora bien, si como se dijo, son los funcionarios judiciales, los que gozan de período fijo, no puede llegarse a conclusión distinta de que lo que hizo en la norma acusada en ejercicio de la potestad que en este materia le otorga al Presidente de la República el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Política anterior, fue precisar y dar claridad por la vía reglamentaria a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 27 del decreto ley 250 de 1970, señalando que tratándose de funcionarios, la licencia podrá concederse por el tiempo que falte para completar el período del empleo que venía desempeñando en propiedad.

Cabe aclarar que a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, no todos los funcionarios conservan el privilegio del período, luego la limitación que prevé tanto el Decreto 250 de 1970 como el Decreto 1660 de 1978 quedó restringida a los funcionarios que continúen siéndolo".

SECCION SEGUNDA

Como se establece de los alcances jurídicos de la comentada sentencia, al confrontarlos con lo dispuesto en el numeral 4.1.2 de la circular impugnada, se infiere que el Consejo Superior de la Administración de Justicia en el acto acusado está interpretando adecuadamente lo establecido en los artículos 27 del decreto 250 de 1970 y 100, inciso 2° del decreto reglamentario 1660 de 1978, en lo atinente a que las licencias para desempeñar otro cargo en la Rama Jurisdiccional cuando se pase a ejercer interinamente otro empleo y que es dable hasta el límite del período del que se ejerza en propiedad, se refiere a los servidores de esa Rama que tienen la categoría de funcionarios judiciales y no para los empleados judiciales.

No obstante lo anterior, la frase utilizados a en el texto del numeral 4.1.2 de la circular impugnada en cuanto que "En el futuro no se debe conceder licencia para desempeñar otro cargo a los empleados "deberá ser anulada, ya que como se sostuvo en la sentencia aludida del 28 de octubre de 1993 de la Corporación" la norma reglamentaria en ninguna forma limita el derecho que otorgó la ley a los empleados a obtener licencia para ejercer internamente otro cargo, por el contrario, lo que precisa es que mientras que a los funcionarios que tienen período sólo se les puede conceder por el tiempo que falte para completarlo, los empleados no tienen esa restricción".

Finalmente, respecto de que en este asunto debe preferirse fallo inhibitorio, según criterio de la Agencia del Ministerio Público, es de anotar que el artículo 84 del C.C.A., subrogado por el artículo 14 del decreto ley 2304 de 1989, vigente para el momento en que se instauró el escrito demandatorio, determina que es viable solicitar que se declare la nulidad de las circulares de servicio, como en este caso, cuando se solicita la nulidad del aparte de una circular, que según la parte actora afecta los derechos de los empleados judiciales, siendo un acto ejecutorio susceptible de control jurisdiccional.

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

FALLA :

Declárase nula la frase "En el futuro no se debe conceder licencia para desempeñar otro cargo a los empleados", contenida en el numeral 4.1.2. de la Circular No. 2 del 11 de mayo de 1988, dictada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Archívese el Expediente.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos A. Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadniper Ramos, Secretaria

PROCESO DISCIPLINARIO / PLIEGO DE DESCARGOS / DERECHO DE DEFENSA

Ya esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar en el fallo del 15 de febrero de 1991, Exp. 1709, que no es viable confundir jurídicamente las declaraciones recibidas al inculpado con la pieza procesal denominada "pliego de cargos" y mediante la cual se le permite al funcionario realizar "los descargos". Sobre la función del pliego de cargos, el fallo de la Sala comentado expresó que éste cumple "una función vital dentro del proceso disciplinario, pues con base en él, la Administración, de una parte, circunscribe la imputación específica de los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, y de otra parte, el inculpado puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa respecto de cargos específicos y concretos. Se trata de un acto que delimita la atribución de la Administración y concreta las bases de responsabilidad del funcionario y por lo tanto, es pieza clave en dicho proceso".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5660. Resoluciones Ministeriales. Actor: JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA.

JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretara la nulidad de la Resolución No. 131 de 1982 mediante la cual fue destituido del cargo de Supervisor - Armero, del

Ministerio de Justicia, en virtud de que se vulneró el derecho de defensa en el curso del proceso disciplinario.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo mediante sentencia declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda en virtud de que el actor no demandó la resolución que resolvió el recurso de reposición mediante la cual se confirmó el acto principal de destitución. Dijo el fallo en su parte pertinente:

> "Concluye la Sala, de conformidad con lo relacionado en esta providencia y lo considerado por el Consejo de Estado, que se está ante la ausencia de uno de los presupuestos procesales de la acción, lo cual conduce a la declaratoria de ineptitud sustantiva de la demanda, al no haberse solicitado la nulidad de la Resolución No. 3107 de 30 de julio de 1982, proferida por el Ministerio de Justicia, y mediante la cual CONFIRMO en todas sus partes la Resolución No. 131 del 26 de enero de 1982, que destituyó de su cargo al actor. Por lo mismo, no se puede resolver de fondo este proceso."

EL RECURSO:

El actor impugnó el anterior fallo por estimar que la manifestación efectuada en la diligencia de notificación del acto de destitución, no constituía en realidad el recurso de reposición, pues entre otras cosas no contenía una fundamentación de inconformidad y apenas si era una mera intención de proponer el recurso, y además el nuevo acto no le fué notificado ni comunicado y por lo tanto la administración de una parte, resolvió un recurso inexistente, y de la otra, no lo hizo conocer a quien estaba dirigido y por lo mismo no le era oponible.

Agrega que aceptando la interposición del recurso de reposición, debe tenerse en cuenta que como él no era obligatorio, se podía acudir a la jurisdicción sin demandar el acto que lo resolvía y además con la presentación de la demanda se entendía que renunciaba al recurso.

Señala el recurrente que no era, necesario demandar el acto confirmatorio por cuanto el principio del derecho que lo accesorio sigue a lo principal, y si desaparece el principal, el confirmatorio queda sin piso jurídico.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La **Fiscal Quinta** del Consejo de Estado solicita se confirme la sentencia apelada en virtud de que hay ineptitud de la demanda por cuanto no se acusó el acto confirmatorio. Dijo al respecto la Fiscalía:

"Considera el Despacho, que no se puede sostener como lo afirma el actor que por haberse presentado la demanda renunció al recurso ya interpuesto, porque a pesar de no ser obligatorio a términos del articulo 15 del Decreto 2733 de 1959, no le quedaba otro camino al Ministerio de Justicia que resolverlo, ya que no existe norma que ordene lo contrario.

Estando un recurso interpuesto, el acto recurrido no tiene estabilidad, ni fuerza por cuanto puede ser objeto de revocatoria o modificación por parte de la administración, ya que hasta ese momento no ha producido ningún derecho, ni obligación. Además, no se agotó la vía gubernativa al tenor del artículo 18 del secreto 2733 de 1959, porque no se había decidido aún el recurso de reposición interpuesto, requisito necesario para ocurrir a la vía jurisdiccional."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Como la parte actora expresa que no interpuso en la vía administrativa el recurso de reposición, conviene examinar dicha actuación al momento de notificársele la Resolución No. 131 de 1982 mediante la cual se le sancionó con destitución. Dice la parte resolutiva y su notificación lo siguiente:

"131
26 ENE. 1982
Por la cual se destituye a un empleado de la Dirección General de Prisiones.

EL MINISTRO DE JUSTICIA en uso de sus facultades legales, y CONSIDERANDO:
"(...)"

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Destituir al señor JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA, cedulado con el No. 29111259 de Bogotá, del cargo de Supervisor Armero, código 5105 grado 10, perteneciente a la División de Seguridad y Control, dependiente de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

"(...)"

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.E. a, 26 ENE. 1982

FIRMADO:

FELIO ANDRADE MANRIQUE

EL SECRETARIO GENERAL DEL MINISTERIO

JOSE HUGO ENCISO AMORTEGUI

MINISTERIO DE JUSTICIA- División Seguridad y Control.

En Bogotá a los un (1) día de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982), notificó personalmente la Resolución No. 131 de enero 26 del año en curso al Señor JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA, por medio de la cual se destituye del cargo de Supervisor-Armero, Código 5105 grado 10 dependiente de esta División. Para constancia firma como aparece.

EL NOTIFICADO, me notifico manifestando que interpongo recurso de reposición.

EL NOTIFICADOR,

FIRMA ILEGIBLE y SELLO." (se subraya)

De la lectura de la diligencia de notificación se concluye que contra el acto sancionatorio se dijo interponer el recurso de reposición ya que así lo manifestó el notificado en escrito de su puño y letra, el cual aparece al pie de la notificación como se acaba de transcribir.

2) En cuanto a que el recurso no se sustentó, dicha afirmación no es exacta, pues la Resolución No. 3107 de 30 de julio de 1982 mediante la cual se resolvió el recurso, aunque extemporánea, sostiene que el recurso fue sustentado con base en que se violó el derecho de defensa, de una parte, y de la otra, que el recurso se interpuso en tiempo hábil y de acuerdo con las normas legales. Luego no es cierto como lo afirma el recurrente, que apenas existió la intención de recurrir la providencia, que la impugnación no reunía los requisitos formales y que no se sustentó.

3) De acuerdo con el artículo 69 del D. 2655 de 1973, vigente en la época de la investigación disciplinaria y aplicable al personal de custodia y vigilancia al cual pertenecía el actor, el único recurso que procedía contra la sanción de destitución era el recurso de reposición.

SECCION SEGUNDA

4) Como este recurso se interpuso el 1°. de febrero de 1982 y de acuerdo con el artículo 18 del D. 2733 de 1959 la vía gubernativa se entendía agotada cuando la administración había guardado silencio durante un mes, y la demanda se presentó el día 27 de mayo de 1982 luego de haber transcurrido 3 meses y 27 días, y antes de la expedición de la resolución 3107 de 30 de julio de 1982 que resolvió el recurso de reposición, se entiende que el actor acudió en demanda oportunamente pues ya se habla configurado el silencio administrativo negativo, de una parte, y de la otra, no estaba obligado a acusar esta última resolución en dicha demanda pues ella no existía en ese momento.

5) Por consiguiente, se concluye que no le asiste razón al Tribunal cuando se abstuvo de decidir en el fondo al considerar que el actor había dejado de demandar la resolución No. 3107 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, olvidando que ya se había configurado el silencio administrativo negativo y el actor no podía acusar un acto que al presentar la demanda no existía. Por este motivo el fallo se revocará, debiéndose entrar a examinar en el fondo las pretensiones del actor.

6) El demandante ataca el acto de retiro del servicio básicamente por los siguientes motivos:

a) Falta de competencia en quienes adelantaron el proceso disciplinario,

b) No fue oído en declaración de descargos, ya que solamente se le recibió una declaración sobre los hechos sucedidos sin que hasta la fecha se le hubiera formulado cargo alguno,

c) No se le suministraron los documentos aportados a la investigación y no se le dió la oportunidad de aportar y solicitar pruebas, y

d) No se solicitó el concepto de la Comisión de Personal.

Por consiguiente, se procederá a examinar lo expuesto por el actor en dicho orden.

7) Como el actor advierte falta de competencia en quienes adelantaron el proceso disciplinario, conviene examinar el decreto 2655 de 1973, estatuto mediante el cual se regula el régimen disciplinario del personal que pertenece al ramo carcelario y penitenciario. Su artículo 154 preceptúa al respecto lo siguiente:

> "Conocido el hecho susceptible de ser considerado como falta disciplinaria, el **superior** del empleado a quien se le impute, lo investigará personalmente o por intermedio de un **inspector**."

8) De acuerdo con los actos acusados el demandante pertenecía a la División de Seguridad y Control de la Dirección General de Prisiones, y por consiguiente su superior inmediato seria el Jefe de la División de Seguridad y Control, y como dicho funcionario no aparece investigando, podría en principio advertirse falta de competencia en el investigador. Sin embargo, como fue el Jefe de la División de Inspección quien inició las indagaciones por determinación del Director General de Prisiones, también superior del actor, no se aprecia por este aspecto que existiera incompetencia, máxime que en la demanda aunque se habla de ella no se sustentó en forma precisa en qué consistió dicha incompetencia.

Sobre la competencia del Director General de Prisiones conviene señalar que el Manual General de Funciones de la Rama Ejecutiva del orden nacional contenido en el D. 2759 de 1979 vigente para el año de 1981, le asigna a los Directores de los Ministerios, la función de llevar el control de las dependencias a su cargo como lo es la citada División de Seguridad y Control, según lo advierte el propio acto acusado.

9) Este manual le asigna a dichos directores las siguientes funciones:

> "Dirección, coordinación y control en el desarrollo de los programas y objetivos asignados a la dependencia a su cargo, y prestación de la asistencia legal, administrativa y técnica requerida por los inmediatos superiores." (se subraya)

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que no le asiste razón al actor en cuanto se refiere a la tacha de incompetencia del investigador.

10) En cuanto a que el actor no fue oído en declaración de descargos, conviene examinar dicha afirmación conforme a lo siguiente:

a) El artículo 56 del D. 2655 de 1973 prescribe al respecto: "El investigador consignará por escrito toda la información que se refiere al caso y otra en descargos al supuesto infractor." (se subraya)

Conforme a lo anterior el investigador hizo comparecer a su Despacho al actor para escucharlo mediante declaración injurada, el día 10 de diciembre de 1981.

La citada versión aunque pudiera aceptarse como la correspondiente a un pliego de cargos y de descargos, que en estricto sentido por la forma como se desarrollo la diligencia, no lo es, carece además de todo valor probatorio ya que no aparecen en el expediente disciplinario las firmas, ni antefirmas del

investigador, del investigado, ni de la secretaria, a pesar de que en la fotocopia dice "firmas al respaldo" (fls. 31 a 34 del cdno. No. 2 - proceso disciplinario).

Revisado el cuaderno principal y el cuaderno No. 3 de la hoja de vida, tampoco se halló dicha declaración.

Como con fecha 3 de diciembre de 1981 anterior a la denominada diligencia de descargos, ya se había oído en declaración al actor, documento que sí se halla firmado, deberá expresarse que dicha versión no puede tomarse como de pliego de cargos pues con esa declaración apenas se iniciaba el proceso, y tampoco en ella se le concretaron cargos y no se le expresó el derecho que tenía para solicitar la práctica de pruebas y guardar silencio, pues no estaba obligado a declarar contra si mismo, ni contra sus parientes dentro del 4°. grado de consaguinidad o segundo de afinidad, según lo prescribía el artículo 25 de la Constitución Nacional de 1886 y hoy el artículo 33 de la nueva Carta Política de 1991.

Ya esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar en el fallo del 15 de febrero de 1991, exp. 1709 que no es viable confundir jurídicamente las declaraciones recibidas al inculpado con la pieza procesal denominada "pliego de cargos" y mediante la cual se le permite al funcionario realizar "los descargos".

Sobre la función del pliego de cargos, el fallo de la Sala comentado expresó que éste cumple "una función vital dentro del proceso disciplinario, pues con base en él, la Administración de una parte, circunscribe la imputación especifica de los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, y de otra parte, el inculpado puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa respecto de cargos específicos y concretos. Se trata de un acto que delimita la atribución de la Administración y concreta las bases de responsabilidad del funcionario y por lo tanto, es pieza clave en dicho proceso."

Como en el presente caso no se produjo esta pieza procesal estimada como esencial dentro del debido proceso disciplinario, se considera que se vulneró el derecho de defensa del actor, y por lo tanto existen suficientes argumentos para anular el acto acusado.

Sin embargo, la Sala desea señalar que del examen al citado proceso disciplinario, no sólo se observa la anterior irregularidad sino que además se dejaron de practicar diligencias necesarias al esclarecimiento de los hechos y que el propio Jefe de la División de Inspección lo advirtió en su oficio de 30 de diciembre de 1991 dirigido al Director General de Prisiones.

Tampoco obra copia del concepto de la Junta de la Carrera Penitenciaria a que se refiere el artículo 61 del D. 2655 de 1973 y que debió solicitarse antes de imponer la sanción que el actor acusa.

Conviene señalar que no hay duda que al demandante le es aplicable el D. 2655 de 1973 por las siguientes razones:

a) Este estatuto en su artículo 2°. preceptúa que "El Ramo Carcelario y Penitenciario está integrado por todo el personal que bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, presta sus servicios en la Dirección General de Prisiones y en los establecimientos carcelarios".

b) La Resolución No. 131 de 1992 mediante la cual fue retirado del servicio, en su parte considerativa dice que el actor "viene desempeñando el cargo de supervisor-armero, código 5105, grado 10, perteneciente a la División de Seguridad y Control **dependiente** de la **Dirección General de Prisiones** del Ministerio de Justicia".

También conviene señalar que el Ministerio de Justicia, no se hizo presente en este proceso.

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

FALLA:

REVOCASE el fallo de 30 de noviembre de 1990 mediante el cual el Tribunal se declaró inhibido para fallar en el fondo, y en su lugar, anúlase la Resolución No. 131 del 26 de enero de 1982, proferida por el Ministerio de Justicia con la cual se destituyó al señor JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA.

El Ministerio de Justicia reintegrará al actor en el cargo de supervisor-Armero, Código 5105, grado 10 de la División de Seguridad y Control de la Dirección General de Prisiones o a otro de igual o superior jerarquía, debiendo cancelarle todos los salarios y prestaciones dejados de percibir entre el día 1°. de febrero de 1982, fecha de su retiro y el día en que sea reintegrado.

Para todos los efectos legales y en especial para el derecho a la pensión de jubilación, se entiende que no ha existido solución de continuidad entre la fecha de retiro del servicio y la de su reintegro.

SECCION SEGUNDA

El Ministerio de Justicia dará cumplimiento al fallo en el término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

El Ministerio de Justicia descontará al señor JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA en aplicación del art. 128 de la C.N., cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en virtud de una vinculación laboral desde cuando fue retirado del servicio, hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala el día dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de Voto)

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. 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 DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

A LA SENTENCIA DICTADA EL 2 DE DICIEMBRE DE 1993 EN EL JUICIO No. 5660.- RESOLUCIONES MINISTERIALES.- ACTOR: JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA.-

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre 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. Entendiéndose 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 sí una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato *ficto* de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse".

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos.

Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio... " (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del E. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.88, 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.

ENTIDAD PUBLICA / CONCURSOS - Resultados / RESERVA - Inexistencia / POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación

La Administración Pública no puede, *motu proprio*, porque carece de facultades en ese sentido imponer restricciones o extenderlas respecto de documentos y actuaciones que no tengan, -por vía constitucional o legal-, ese carácter reservado. Tampoco puede entenderse que esa situación afecte los derechos de la persona en lo que tiene que ver con su intimidad, honra o buen nombre. O sea, que esta clase de publicidad no es contraria al derecho de intimidad cuando se hace con la plena observancia de tales garantías. Y para el caso en estudio es evidente que no se vulneran por el hecho de publicar los resultados del concurso que se haya adelantado en la entidad, con sujeción a la convocatoria respectiva. Por consiguiente la Sala observa que en el texto acusado se desbordaron las limitaciones consagradas sobre estos tópicos, por manera que es tarea estrictamente legislativa crear esa clase de reservas. De suyo la regulación del concurso para lo promoción y provisión de personal en la entidad pública nada tiene que ver con la seguridad o la defensa nacionales para que la reserva impuesta se ajustara a lo contemplado en el art. 19 del Decreto 01 de 1984, según la modificación hecha por el artículo 12 de la Ley 57 de 1985. Carece de fundamento que una actuación administrativa, pública por definición, la Administración no le haya dado la calificación de reservada contra la voluntad expresa del Constituyente. Empero, es preciso determinar que no todo el texto demandado contraría los postulados anteriores. A juicio de la Sala, esto solo puede predicarse en unos apartes. DECRETA LA NULIDAD del artículo 58 de la Resolución No. 1277 de 16 de junio de 1989, emanada de la Dirección General del Servicio

Nacional de Aprendizaje, SENA, en las partes que dicen: Primer inciso: "RESERVA SOBRE LOS RESULTADOS DE LOS CONCURSOS-. Los resultados de los concursos son estrictamente confidenciales y gozan de absoluta privacidad; por lo tanto,..." Segundo inciso: "únicamente y "a los participantes".

ENTIDAD PUBLICA / CONCURSOS - Resultados / RESERVA - Inexistencia / POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación

La Administración Pública no puede, motu propio, porque carece de facultades en ese sentido imponer restricciones o extenderlas respecto de documentos y actuaciones que no tengan, -por vía constitucional o legal-, ese carácter reservado. Tampoco puede entenderse que esa situación afecte los derechos de la persona en lo que tiene que ver con su intimidad, honra o buen nombre. O sea, que esta clase de publicidad no es contraria al derecho de intimidad cuando se hace con la plena observancia de tales garantías. Y para el caso en estudio es evidente que no se vulneran por el hecho de publicar los resultados del concurso que se haya adelantado en la entidad, con sujeción a la convocatoria respectiva. Por consiguiente la Sala observa que en el texto acusado se desbordaron las limitaciones consagradas sobre estos tópicos, por manera que es tarea estrictamente legislativa crear esa clase de reservas. De suyo la regulación del concurso para la promoción y provisión de personal en la entidad pública nada tiene que ver con la seguridad o la defensa nacionales para que la reserva impuesta se ajustara a lo contemplado en el art. 19 del Decreto 01 de 1984, según la modificación hecha por el art. 12 de la Ley 57 de 1985. Carece de fundamento que a una actuación administrativa, pública por definición, la Administración le haya dado la calificación de reservada contra la voluntad expresa del Constituyente. Empero, es preciso determinar que no todo el texto demandado contraría los postulados anteriores. A juicio de la Sala, esto solo puede predicarse de unos apartes. Decreta la nulidad del art. 58 de la Resolución 1277 de 16 de junio de 1989, emanada de la Dirección General del SENA, en las partes que dicen : "RESERVA SOBRE LOS RESULTADOS DE LOS CONCURSOS. -Los resultados de los concursos son estrictamente confidenciales y gozan de absoluta privacidad; por lo tanto,..." y en el Segundo inciso "únicamente y "a los participantes".

EXP. -4582

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 4582 AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ solicita la nulidad parcial del artículo 58 de la Resolución 1277 del 16 de junio de 1989, "por la cual se reglamenta la promoción interna para los empleados públicos y el sistema de selección externa del personal en el SENA".

El texto acusado es del siguiente tenor:

> Artículo 58. RESERVA SOBRE LOS RESULTADOS DE LOS CONCURSOS.- Los resultados de los concursos son estrictamente confidenciales y gozan de absoluta privacidad; por lo tanto, ni el Jurado Técnico, ní el Profesional de Relaciones Industriales, ni el Jefe de la Dependencia donde exista la vacante, ni ninguna otra persona distinta al funcionario legalmente facultado, puede suministrar información sobre los resultados parciales ni definitivos del concurso.
>
> EL SENA estará únicamente obligado a suministrar a los participantes los resultados de carácter general por intermedio de la persona o Dependencia legalmente facultada para ello ...."

Acusa la violación del artículo 45 de la Constitución Política de 1886, el artículo 8 de la Ley 58 de 1982, el artículo 17 del Decreto Ley 01 de 1984 y el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, desenvuelta así: con el artículo acusado se establece la reserva sobre los resultados del concurso y el banco de pruebas y de preguntas, de las cuales para el demandante no es entendible aquella aunque sí la segunda. La norma acusada viola el principio de la publicidad de los Organos del Estado, dice el libelista, así como el derecho a obtener certificaciones y copias de los documentos, en ese caso los resultados parciales y definitivos de los concursos de personal, y las excepciones a la regla genérica solo las puede imponer el legislador y no la administración. En la Constitución vigente por la época de presentación de la demanda, en palabras del actor, se encuentra implícito el principio general según el cual la actividad de los Organos del Estado

no puede ser reservada, ni secreta, y por lo tanto todos los ciudadanos, salvo excepciones establecidas por la Constitución y la Ley, tienen acceso a todos los documentos o instrumentos en donde conste su ejercicio.

El principio general de la publicidad, aunque no es absoluto porque existen razones de seguridad nacional de alta conveniencia pública o social, de eficiencia del servicio, solo puede estar limitado por la Constitución o por la Ley, por ello no ve que la publicidad de los resultados de los concursos practicados en el SENA sea contraria a las razones de seguridad nacional, conveniencia pública o social o de eficacia del servicio. En cambio la publicidad de las preguntas antes de la realización de los concursos de personal si es contraria a la eficacia del servicio.

Además y como argumento final se alega la incompetencia de la administración para generar el texto acusado.

La suspensión provisional fue negada (fl. 49-54) básicamente porque es facultativa y debe ser coruscante la violación de normas superiores; en la existencia del artículo 57 de la misma resolución donde se prevé el informe de los resultados a los inscritos, y, en la "observación que el de la Constitución se refiere al derecho de petición y los restantes a las actuaciones administrativas que, según ellos, son públicas y , por lo mismo, pueden ser consultados en los documentos correspondientes, en tanto que la disposición enjuiciada trata de "los resultados de los concursos", que, como tales, tienen naturaleza diferente".

La Entidad en su alegación de instancia (fl. 115) sustenta las disposiciones en el derecho de privacidad y confidencialidad incidentes en el derecho de la honra y en el contenido privado de los exámenes que apoya en el artículo 38 de la Constitución anterior, pidiendo se nieguen las peticiones.

Para la Fiscalía luego de describir las etapas del concurso y su carácter ya público o privado debe declararse la nulidad restringida a los siguientes apartes: **"los resultados de los concursos son estrictamente confidenciales y gozan de absoluta privacidad"** del primer inciso del artículo acusado, y del segundo sus expresiones **"únicamente"** y **"participantes".**

CONSIDERACIONES:

Es sabido que el derecho de petición estaba consagrado en el artículo 45 de la Carta Política de 1886, vigente al momento de instaurarse la demanda que dió lugar a este proceso, y que su núcleo consiste en poder presentar solicitudes a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta

respuesta.

La actividad privada y los documentos que ella genera están protegidos con la reserva, que no se debe afectar, limitar o restringir sino por los motivos señalados en la Constitución y desarrollados por la ley, mediante orden judicial.

A contrario *sensu*, por regla general las actuaciones y documentos relacionados con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado son públicos, y sólo por excepción tienen el carácter de reservados transitoriamente, cuando lo indiquen la misma Constitución y la ley.

Esto significa, entonces, que en el ejercicio de la función pública las autoridades no pueden crear limitaciones o restricciones en esta materia, que a su turno no tengan asidero en la Carta Fundamental o en la ley.

En el artículo 2°, inciso 1°, del Decreto Ley No. 01 de 1984 se definió **la "actuación administrativa"** como aquella que tiene por objeto **"el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados"**; y se incluyeron en seguida el derecho de petición; tanto en interés general como particular, el derecho de información para solicitar y obtener acceso sobre las gestiones de las autoridades, y la formulación de consultas relativas a las materias a cargo de éstas. Entre sus principios orientadores se encuentran el de publicidad de las decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o las publicaciones que ordena el mismo estatuto, con el propósito de que los interesados y los terceros que puedan resultar afectados, las conozcan.

Esto no contraría ningún derecho particular.

No puede dejarse de lado que los documentos que tienen que ver con la actuación administrativa están destinados genéricamente al conocimiento público, salvo en los eventos en que tengan reserva absoluta o temporal (hasta treinta años como término máximo), o los que están relacionados con la defensa o la seguridad nacionales. (Art. 12, Ley 57 de 1985).

Ello quiere decir que la Administración Pública no puede, *motu proprio*, porque carece de facultades en ese sentido, imponer restricciones o extenderlas respecto de documentos y actuaciones que no tengan, -por vía constitucional o legal- ese carácter - reservado.

Tampoco puede entenderse que esa situación afecte los derechos de la

persona en lo que tiene que ver con su intimidad , honra o buen nombre. O sea, que esta clase de publicidad no es contraria al derecho de intimidad cuando se hace con la plena observancia de tales garantías. Y para el caso en estudio es evidente que no se vulneran por el hecho de publicar los resultados del concurso que se haya adelantado en la entidad (Sena), con sujeción a la convocatoria respectiva.

Por consiguiente, la Sala observa que en el texto acusado se desbordaron las limitaciones constitucionales consagradas sobre estos tópicos, por manera que es tarea estrictamente legislativa crear esa clase de reservas.

De suyo, la regulación del concurso para la promoción y provisión de personal en la entidad publica (Sena), nada tiene que ver con la seguridad o la defensa nacionales para que la reserva impuesta se ajustara a lo contemplado en el artículo 19 del Decreto Ley 01 de 1984, según la modificación hecha por el artículo 12 de la Ley 57 de 1985.

Carece de fundamento que a una actuación administrativa, pública por definición, la Administración le haya dado la calificación de reservada contra la voluntad expresa del Constituyente y del Legislador.

Empero, es preciso determinar que no todo el texto demandado contraría los postulados anteriores. A juicio de la Sala, esto solamente puede predicarse de los siguientes apartes:

> "RESERVA SOBRE LOS RESULTADOS DE LOS CONCURSOS.- Los resultados de los concursos son estrictamente confidenciales y gozan de absoluta privacidad; por lo tanto..." (Se subraya);

Y en el segundo inciso, en cuanto a las expresiones **"únicamente"** y **"a los participantes"**.

Las demás frases del artículo demandado establecen restricciones que la Sala encuentra lógicas y razonables, por lo cual no se decretará su nulidad.

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

FALLA:

Decrétase la nulidad del artículo 58 de la Resolución No. 1277 del 16 de junio de 1989, emanada de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en las partes que dicen:

En el primer inciso:

"RESERVA SOBRE LOS RESULTADOS DE LOS CONCURSOS.- Los resultados de los concursos son estrictamente confidenciales y gozan de absoluta privacidad; por lo tanto, ..."

y en el segundo inciso:

únicamente y "a los participantes".

No se accede en lo demás

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su reunión del veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lacompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO OFICIAL / PENSION DE JUBILACION - Requisitos / EDAD

La Ley 33 de enero 29 de 1985 dispuso en su artículo 1 que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años contínuos o discontínuos a la administración y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación. Y el parágrafo 2 de dicho artículo establece que para los empleados oficiales que a la fecha de la comentada ley hayan cumplido los 15 años contínuas o discontínuos de servicio, continuarán aplicándose las normas sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley 33 de 1985. Como en éste asunto está acreditado dentro del proceso que el demandante para la fecha de vigencia de esta ley llevaba más de 15 años de edad en los términos previstos en el artículo 17 de la ley 6 de 1945, por tratarse de un empleado público vinculado a una entidad territorial, disposición aplicable a los funcionarios municipales en materia de pensión de jubilación a la fecha de expedición de la ley 33 de 1985, ya que el decreto 3135 de 1968, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley de 1967, sólo es aplicable en el orden nacional y no regula por esta circunstancia el régimen de prestaciones sociales a nivel departamental o municipal.

PENSION DE JUBILACION / PAGO - Reembolso / SENTENCIA JUDICIAL - Improcedencia

No se requiere de decisión judicial para que el mencionado municipio pueda repetir contra cualquier entidad que, en caso de acumulación de tiempo de servicio, está obligada al reembolso de la cantidad proporcional que resulte corresponderle a prorrata del

tiempo laborado en ella, toda vez que el derecho de repetir contra las respectivas entidades no se deriva de un pronunciamiento judicial sino que esa facultad la tiene el último organismo empleador de carácter estatal por ministerio de la ley, es decir, en otros términos, que el Municipio de Sabaneta no necesita de un fallo judicial para ejercitar las gestiones encaminadas a obtener el reembolso de quien resulte obligado a ello conforme a derecho.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente No. 5102 Asuntos municipales Actor: GERARDO DE JESUS ARCILA TOBON

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de 9 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En el libelo correspondiente (folios 24 a 29), se solicitó, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho," incoada contra el Municipio de Sabaneta, la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 023 de 11 de marzo de 1988 y 039 de 15 de julio del mismo año, emitidas por la alcaldía del citado ente territorial, y en virtud de las cuales se negó al actor el reconocimiento de pensión de jubilación, y, que, como consecuencia de ello, se ordene al mismo pagar la referida prestación social desde el 29 de enero de 1988 al demandante, repitiendo el pago en la cuota respectiva contra los municipios de La Celia (Risaralda), Belalcázar (Caldas), el Departamento de Antioquia y la Caja Nacional de Previsión Social, con la advertencia que esta obligación en relación con esta última entidad surge después de cumplir los 55 años de edad (folios 24 y 25).

A.- DE LAS CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES DEL FALLO RECURRIDO

El *a-quo,* luego de exponer los hechos en que se basó el demandante, accedió a las súplicas del libelo, apoyándose para el efecto en el concepto dado el 25 de octubre de 1989 por el Fiscal Primero de esa corporación (folios 61, 62 y 63), según el cual a la fecha de expedirse la ley 33 de 1985 el demandante tenía quince años de servicio a distintas entidades oficiales y además había cumplido los 50 años de edad al dictarse los actos impugnados; que a los

empleados municipales se les aplica en materia prestacional lo estatuído en la ley 6 de 1945 y el decreto 2127 del mismo año; que para el momento de completar el demandante los requisitos de tiempo de servicio y edad, regía lo dispuesto en la comentada ley; que en la resolución No. 023 de 11 de marzo de 1988 el Municipio de Sabaneta reconoce que acorde con la correspondiente documentación el actor llenaba tales requisitos, pero no tenía 55 años de edad; que revisada la documentación se comprueba que esto es verdad procesal, incluyendo el certificado de tiempo trabajado por el demandante al Municipio de Belalcázar (Caldas) expedido por el contralor del departamento (folio 64 a 70).

B.- DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO INTERPUESTO

El escrito contentaba del recurso de apelación (folio 71), señala que el fallo recurrido condenó al Municipio de Sabaneta y a otras entidades a pagar la pensión de jubilación, disponiendo que ese municipio repitiera contra los demás organismos, sin indicar en qué proporción se debería contribuir al pago de la pensión, dejando a esa entidad territorial en un grave problema, permitiendo que los otros organismos se abstengan de pagar lo que les corresponde por la falta de precisión de la sentencia; que se debe observar que el demandante no ha cumplido la edad requerida para obtener la pensión de jubilación, de conformidad con la ley, por. lo que no hay lugar a una decisión favorable sobre las pretensiones del libelo.

C.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado es de opinión de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar, se denieguen las pretensiones del libelo, pues en el caso *sub-lite* no se acreditó los 20 años de servicio por el actor que constituye uno de los requisitos para obtener la pensión de jubilación (folios 79 a 82).,

De.ésta suerte, al no hallar vicio alguno que incida en lo actuado,

PARA RESOLVER. SE CONSIDERA:

Sea lo primero en señalar, que así como el escrito demandador establece el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto administrativo, cuya nulidad se impetra, el apelante, al indicar en la sustentación del recurso los motivos de inconformidad con relación a la providencia enjuiciada, delimita igualmente las razones a que debe atender el *ad-quem* para modificar, revocar o confirmar la decisión del *a-quo*. Por consiguiente, al desatar la

apelación en el caso *sub-lite*, la Sala se referirá únicamente a los motivos de inconformidad expuestos en el escrito contentaba del citado recurso.

En efecto, no se trata aquí de una consulta que la ley consagra en favor de las entidades públicas, la cual procede cuando éstas no hubieren interpuesto el recurso de apelación, como lo dispone el artículo 184 del C.C.A. Como en el presente caso sí apeló la administración, no cabe la consulta; y el recurso de apelación debe desatarse acorde con los planteamientos del apelante formulados en la sustentación del mismo.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que en este asunto el apoderado del Municipio de Sabaneta al interponer el recurso de apelación contra la sentencia de 9 de marzo de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, se refiere a que el actor no ha cumplido la edad requerida para obtener la pensión de jubilación y no al hecho de que éste no cuente con el tiempo necesario de servicio a la administración para el reconocimiento de dicha prestación, aspecto que tampoco es cuestionado en los actos administrativos acusados, no resulta viable que la Corporación repare sobre este tópico y, por ende, proceda a revocar el fallo recurrido, si fuere el caso, para denegar las pretensiones del libelo, como lo pide la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo por considerar que el demandante no acredita los 20 años de servicio para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Ahora bien, consta en el proceso que para la época en que fueron proferidos los actos enjuiciados el actor había cumplido los 50 años de edad (folio 4) y que su última vinculación con la administración de más de 15 años de servicio (folios 5 a 12) se realizó con el Municipio de Sabaneta (folios 12 y 58), por lo que el demandante era un empleado público de carácter municipal al momento de su desvinculación.

La ley 33 de enero 29 de 1985 dispuso en su artículo 1 que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años contínuas o discontínuos a la administración y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que se le pague una pensión mensual vitalicia de Jubilación. Y el parágrafo 2 de dicho artículo establece que para los empleados oficiales que a la fecha de la comentada ley hayan cumplido los 15 años contínuas o discontínuos de servicio, continuarán aplicándose las normas sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley 33 de 1985.

Como en este asunto está acreditado dentro del proceso que el demandante para la fecha de vigencia de esta ley llevaba más de 15 años de servicio, tiene derecho a ser pensionado con 50 años de edad en los términos previstos en el artículo 17 de la ley 6 de 1945, por tratarse de un empleado

público vinculado a una entidad territorial, disposición aplicable a los funcionarios municipales en materia de pensión de jubilación a la fecha de expedición de la ley 33 de 1985, ya que el decreto 3135 de 1968, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley de 1967, sólo es aplicable en el orden nacional y no regula por esta circunstancia el régimen de prestaciones sociales a nivel departamental o municipal.

Finalmente, en lo que concierne a las inquietudes planteadas por el apoderado del Municipio de Sabaneta en el recurso de apelación sobre la forma de pago de la pensión de jubilación del actor, es de anotar que no se requiere de decisión judicial para que el mencionado municipio pueda repetir contra cualquier entidad que, en caso de acumulación de tiempo de servicio, esté obligada al reembolso de la cantidad proporcional que resulte corresponderle a prorrata del tiempo laborado en ella, toda vez que el derecho de repetir contra las respectivas entidades no se deriva de un pronunciamiento judicial sino que esa facultad la tiene el último organismo empleador de carácter estatal por ministerio de la ley. es decir, en otras términos, que el Municipio de Sabaneta no necesita de un fallo judicial para ejercitar las gestiones encaminadas a obtener el reembolso de quien resulte obligado a ello conforme a derecho.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada de 9 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso incoado por el señor Gerardo De Jesús Arcila Tobón.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRASLADO - Objeto / SANCION - Inexistencia / INDICIOS

La reglamentación del traslado en la función pública colombiana tiene como fundamento principal, lograr la adecuada prestación de los servicios administrativos, y por tal motivo cuando el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 prescribe que "el traslado se podrá hacer por necesidades del servicio", no puede concluirse que éste sea un medio para sancionar a un empleado que haya incumplido con sus deberes, derechos y obligaciones, pues para estos casos existen los correctivos disciplinarios o de evaluación de los servicios prestados, si en este último caso se trata de un funcionario de carrera. La honestidad y la idoneidad de un funcionario no son criterios valoratorios que impidan la realización de un traslado. En sentido contrario, estas cualidades del funcionario pueden ser elementos que confirmen la necesidad de efectuar un traslado con el objeto de suplir las necesidades del servicio público, donde éste se requiera. Cuando los indicios no son necesarios, sino contingentes, ellos apenas nos suministran una mera probabilidad, pero nunca un grado de absoluta certeza. De ahí que cuando un hecho indicador o indiciario puede depender de varías causas, podemos señalar que se trata de un indicio leve o levísimo, como ocurre en el presente caso, y mediante el cual no se puede fundar una sentencia condenatoria por la infinidad de explicaciones que se pueden dar al hecho.

EMPLEO DE CARRERA / TRASLADO / VACANTE / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD

Las normas que regulan el régimen de traslado en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 son comunes tanto para los funcionarios de carrera administrativa como para los empleados

de libre nombramiento y remoción, por tratarse de disposiciones sobre administración de personal y no de carrera administrativa. Producida la vacante en un empleo de carrera en virtud de que el titular fue trasladado, su reemplazo puede proveerse con otro empleado de carrera que ocupe un empleo similar o con quien ocupe un lugar dentro de los cinco primeros lugares de la lista de elegibles. Sin embargo, a falta de este instrumento administrativo y mientras se surte el concurso, es viable la designación de un funcionario en forma provisional.

CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción / ESCALAFON / ESTABILIDAD

El Decreto 583 de 1984 brindó a los empleados la posibilidad de que actualizaran su escalafón en casos como el que expresa el demandante, pero sabiendo acreditar previamente que reunía "los requisitos para desempeñar el empleo y obtener concepto favorable de la entidad sobre su conducta y eficiencia (art. 3o.)" Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, dicho decreto por el solo hecho de su expedición no confería al empleado el derecho a la estabilidad en el cargo del cual fuera titular, hasta tanto no se produjera el acto administrativo de inscripción o actualización.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5296 AUTORIDADES NACIONALES. Actor: ANGEL MARIA RODRIGUEZ R.

ANGEL MARIA RODRIGUEZ ROZO, solicitó al Tribunal Administrativo del Huila la nulidad de los actos mediante los cuales fue trasladado del cargo de Jefe de Sección de la Regional del Huila -INCORA-, al cargo de Jefe de Sección de la Regional de Nariño (Putumayo) y se consideró improcedente el recurso de reposición contra el acto de traslado, así como del que le aceptó la renuncia del cargo, por no estar de acuerdo con dicho traslado.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Huila mediante fallo denegó las súplicas de la demanda por considerar que el traslado se efectuó por, necesidades del

servicio, pues el actor no demostró lo contrario, y éste se ordenó en un cargo vacante de igual categoría y remuneración.

Señala el Tribunal que quien lo reemplazó es también un funcionario idóneo y experimentado lo cual conduce a concluir que el servicio no se podía afectar o desmejorar, con el traslado o con la designación de un reemplazo.

La sentencia señala que aunque el actor manifestó que el traslado se debió a quejas infundadas en Asamblea de usuarios campesinos, este hecho no quedó debidamente probado y en sentido contrario el actor se desempeño con esmero, diligencia y eficiencia, lo cual "al parecer de la Sala le resta fuerza a la hipótesis de que el traslado se originara en las presuntas quejas de algunos campesinos y descarta además la necesidad o la obligación de adelantar contra el funcionario investigación disciplinaria alguna".

Expresa el Tribunal que no se violaron normas atinentes a la carrera administrativa, porque el actor estaba inscrito en el cargo de Agrónomo II del INCORA y el traslado se efectuó en el cargo de Jefe de Sección del cual era titular.

Considera el Tribunal que no se demostró que el actor con el traslado sufriera condiciones menos favorables, y "circunstancias como la residencia en la ciudad de Neiva, y la finca en Rivera tocan con el interés privado del actor, el que frente a las necesidades del servicio público, debe ceder la primacía al interés público o social que implica dicho servicio."

Expresa el fallo que el recurso de reposición contra el acto del traslado era improcedente porque con él no se ponía fin a una actuación administrativa, por tratarse de un acto de trámite contra el cual no procedía recurso alguno.

Sobre la improcedencia de la nulidad del acto de aceptación de la renuncia dijo el Tribunal:

> "Si conforme ha quedado expuesto, el traslado en el caso de autos resulta procedente, la novedad obedece a las necesidades del servicio y si la Administración no estaba obligada a pronunciarse sobre la reposición por lo improcedente del recurso, los motivos en que el actor sustenta su renuncia no pueden considerarse como factores de presión por parte del Incora, ni como maniobras indebidas tendientes a forzar la renuncia del funcionario.

SECCION SEGUNDA

EL RECURSO:

El actor interpuso el recurso de apelación por estimar que siendo un funcionario eficiente y de carrera administrativa antes que ser trasladado debía ser mantenido en la ciudad de Neiva, pues no se contribuía al mejoramiento del servicio reemplazándolo con un funcionario que no era de carrera administrativa de una parte, y de la otra, porque éste no tenía la capacidad y trayectoria de él.

Señala que no se tuvieron en cuenta las circunstancias familiares, económicas y sociales que demostraban la improcedencia del traslado.

Agrega el recurrente que no es procedente el traslado de un funcionario cuando median quejas contra él sin previa comprobación mediante el proceso disciplinario, y el Tribunal desconoció la serie de indicios que indicaban la verdadera motivación del traslado.

Considera el actor que las decisiones del Gerente, según los estatutos del INCORA son susceptibles del recurso de reposición y por ello era obligación del Gerente resolver el recurso de reposición contra el traslado y si el recurso no era procedente, si existía un derecho de petición que obligaba al estudio de los móviles que exponía en contra del traslado.

Expresa el recurrente que el Tribunal no analizó el hecho décimo de la demanda consistente en que el Director Regional con su conducta forzó su traslado o su retiro del servicio y la persecución laboral nunca puede ser un medio para alcanzar los fines de interés público. Finalmente expresa que el Tribunal no analizó cuidadosamente el texto de su renuncia, pues no solo allí se exponía como causa para la presentación de ella el traslado, sino la lesión a su patrimonio moral por las quejas formuladas contra él y tampoco tuvo en cuenta la necesaria conexión entre la renuncia y los hechos consignados en el escrito de la reposición.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Novena del Consejo de Estado, luego de un pormenorizado examen del debate procesal concluye que el fallo recurrido **debe confirmarse**. En algunos de sus apartes la vista Fiscal expresa:

> "Tampoco es cierta la afirmación de la parte demandante, en relación con la desmejora del servicio por el traslado, porque la persona que reemplazó al Agrónomo RODRIGUEZ ROZO según el cúmulo probatorio que obra en el plenario es una persona idónea y de larga trayectoria en el sector agropecuario.

Esta agencia del Ministerio Público, en lo referente a la aseveración, de que la causa del traslado no obedeció a razones del buen servicio sino a quejas, en contra del agrónomo demandante, considera que, tal como lo sostiene el recurrente en su escrito visible a folio 198 (número 4.3), la prueba recogida en este aspecto, es apenas indiciaria, por lo que no logra desvirtuar plenamente la presunción de legalidad que ampara el acto que contiene el traslado impugnado.

"(...)"

.... la Fiscalía observa que la prueba escrita (folios 4 a 9, 16 y 17 del cuaderno principal) sobre las supuestas quejas, son simples documentos privados sin autenticidad, que carecen de fuerza probatoria. En relación con la prueba testimonial, tal como lo plantea el *a-quo* no alcanza a ser demostrativa de la fuerza vinculante o relación de causalidad entre el traslado y las quejas."

"Las razones jurídicas y de hecho probadas en el expediente, invocadas por el *a-quo* en la sentencia recurrida, son ampliamente suficientes para que ameriten la solicitud de confirmación de la providencia impugnada. Además, tal como lo plantea en la segunda instancia la entidad demandada las "condiciones menos favorables para el empleado", se refieren a las circunstancias estrictamente laborales de sueldo, categoría, o prestaciones sociales. La norma al expresar "condiciones menos desfavorables" no se refiere a las circunstancias personales del funcionario trasladado.

Tal interpretación tiene que ser así, porque, la función pública realizada por el empleado trasladado no puede estar sometida al vaivén de las situaciones subjetivas o personales del servidor público.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Como el recurrente considera que por ser un funcionario honesto y eficiente su traslado no era procedente, deberá expresarse que la reglamentación del traslado en la función pública Colombiana tiene como fundamento principal, lograr la adecuada prestación de los servicios administrativos, y por tal motivo cuando el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 prescribe que "el traslado se podrá hacer por necesidades del servicio", no puede concluirse que este a un medio para sancionar a un empleado que haya incumplido con sus deberes, derechos y obligaciones, pues para estos casos existen los correctivos disciplinarios o de evaluación de los servicios prestados, si en este último caso se trata de un funcionario de carrera.

Por consiguiente, la honestidad y la idoneidad de un funcionario no son criterios valorativos que impidan la realización de un traslado. En sentido contrario, estas cualidades del funcionario pueden ser elementos que confirmen la necesidad de efectuar un traslado con el objeto de suplir las necesidades del servicio público, donde éste se requiera.

Con base en estos mismos presupuestos no es válido afirmar que si contra un funcionario se instaura una queja, por este hecho el nominador pierde la facultad de removerlo o de trasladarlo, porque no existe norma que así lo disponga. Esta clase de inamovilidad propuesta por el actor, no es de recibo ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.

Por consiguiente, no está llamado a prosperar el recurso por estos aspectos.

2) El actor igualmente señala que el DR. JORGE E. APONTE GUZMAN quien lo reemplazó, no tenía ni la capacidad ni la trayectoria profesional que él ostenta.

Sin embargo, examinada la documentación aportada al proceso, se concluye que esta afirmación carece de fundamento puesto que el Jefe de la División de Personal del INCORA mediante oficio de 22 de septiembre de 1988 dirigido al Tribunal, expresó lo siguiente:

"Doctor
HECTOR ANDRADE PERDOMO
Tribunal Administrativo del Huila
Neiva

En atención al oficio No. 1037 del 30 de agosto de 1988 y recibido en esta División el 13 de septiembre del presente año, me permito informarle:

1. Que el doctor JORGE ENRIQUE APONTE GUZMAN, identificado con la cédula de ciudadana No. 5.813.953 de Ibagué, desempeñó los siguientes cargos en el Instituto:

- Ingresó el 30 de abril de 1969, en el cargo de Asesor de Agrotécnica I - 10B, Asesor de Fomento Agrícola en el Proyecto Tolima No. 6. La Sierra.

- Encargado de la Dirección del Proyecto Tolima No. 6, durante el tiempo comprendido entre el 8 y el 12 de junio de 1970.

- Junio 1 de 1970 promocionado al cargo de Experto Agrotecnia 12C, en el Proyecto Tolima No. 6.

- Enero 1 de 1972, reclasificado al nivel Asesor Agrotecnia 13B.

- Mayo 16 de 1973 traslado del Proyecto Tolima 3-6, Programa Distrito de Riego, cargo Asesor de Agrotecnia 13B al Proyecto Atlántico 3, Programa Distrito de Riego (operación).

- Octubre 1 de 1973, promocionado en el cargo de Asesor de Agrotecnia 13 D, en el Proyecto Atlántico No. 3, Programa Distrito de Riego.

- Abril 1o. de 1975, trasladado al Proyecto Magdalena, cargo Jefe Sección Personal Técnico III-13, Programa Distrito de Riego (operación.)

Igualmente el Jefe de Personal de la Universidad del Tolima certifica que dicho profesional ha estado vinculado a dicho centro educativo como docente, durante los años de 1980 a 16 de abril de 1983.

Sobre su formación profesional la Universidad del Tolima, expresó:

"EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL DE LA UNIVERSIDAD DEL TOLIMA

HACE CONSTAR:

Que el señor JORGE ENRIQUE APONTE GUZMAN, con C.C.No. 5.813.953 de Ibagué, cursó y aprobó en la respectiva Facultad de esta Universidad, los diez semestres (cinco años) correspondientes a la carrera de Ingeniería Agronómica.

Durante su carrera obtuvo un promedio general de calificaciones de tres, siete, ocho (3.78) con el cual ocupó el noveno lugar entre treinta y cuatro estudiantes que componían el curso con el cual terminó.

Que el señor Aponte Guzmán, optó al grado de Ingeniero Agrónomo el día 30 de noviembre de 1968.

Expedida en Ibagué, a los diez (10) días del mes de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971).

FIRMADO,

CESAR CALLEJAS OSPINA
Secretario General Encargado."

Por lo antes expuesto, tampoco están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda por este aspecto.

3) En cuanto al reparo de que es contrario al buen servicio público reemplazar a un funcionario de carrera administrativa con otro que no pertenece a dicha carrera, habrá de decirse lo siguiente:

a) Las normas que regulan el régimen de traslado en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 son comunes tanto para los funcionarios de carrera administrativa como para los empleados de libre nombramiento y remoción, por tratarse de disposiciones sobre administración de personal y no de carrera administrativa.

b) Producida la vacante en un empleo de carrera en virtud de que el titular fue trasladado, su reemplazo puede proveerse con otro empleado de carrera que ocupe un empleo similar o con quien ocupe un lugar dentro de los cinco primeros lugares de la lista de elegibles. Sin embargo, a falta de este instrumento administrativo y mientras se surte el concurso, es viable la designación de un funcionario en forma provisional. Textualmente dice el inciso primero del artículo 28 del Decreto 1950 de 1973:

"**ARTICULO 28**: Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional." (se subraya)

"(...)"

De otra parte, conviene señalar que el actor no estaba inscrito en la carrera administrativa en el empleo de Jefe de Sección según lo certificó el Jefe de la División de Selección del Departamento Administrativo del Servicio Civil. Dijo dicho funcionario lo siguiente:

"1o. El demandante Angel María Rodríguez Rozo, con cédula de ciudadanía No. 3.266.385 de Zipaquirá, figura inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa que dirige este Departamento, como Agrónomo del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante Resolución DASC No. 897, del 1o. de agosto de 1973, sin que hasta el momento de pasar su expediente a situación de retiro ante la Carrera Administrativa, por renuncia del cargo regularmente aceptada en mayo 18 de 1987, figure aquí solicitada u obtenida su actualización en el escalafón de la Carrera Administrativa.

"(....)"

4o. Los cargos de Jefe de Sección y de Agrónomo no son equivalentes, por cuanto el primero de ellos tiene asignadas funciones de dirección, supervisión y coordinación de todas las actividades y del personal de la Sección a su cargo, mientras que el segundo se podría equiparar al de profesional universitario, con aplicación de conocimientos específicos de una profesión universitaria a un área de trabajo determinada."

Como el actor al respecto expresa que en el presente caso la actualización del escalafón era procedente, debe señalarse que en verdad mediante el Decreto 583 de 1984 se brindó a los empleados la posibilidad de que actualizaran su escalafón en casos como el que expresa el demandante, pero debiendo acreditar previamente que reunía "los requisitos para desempañar el empleo y obtener concepto favorable de la entidad sobre su conducta y eficiencia (art 3o.)."

Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, dicho decreto por el solo hecho de su expedición no confería al empleado el derecho a la estabilidad en el cargo del cual fuera titular, hasta tanto no se produjera el acto administrativo de inscripción o actualización. Por lo tanto, tampoco están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda por estos aspectos.

4) Como el actor pretende demostrar que el traslado se produjo por las quejas infundadas de algunos campesinos, deberá examinarse esta afirmación en el siguiente orden:

a) La copia de los oficios del actor de 8 y 30 de abril de 1987, dirigidos al Gerente General del INCORA en el cual le solicita le sean dadas a conocer las quejas y si lo ameritan se abra una investigación disciplinaria, demuestran que él lo informó de estos hechos. Indiciariamente podría decirse que el Gerente produjo el traslado por esas quejas, cuando en el oficio del 8 de abril el demandante le rememora lo dicho en la entrevista acerca de que el traslado se produjo a causa de tales quejas.

b) El pronunciamiento de los delegados a la XVIII Asamblea de la Cooperativa Agropecuaria del Huila, por carecer de las firmas autógrafas que demuestren su autoría, carece de todo valor probatorio por desconocerse quienes son sus verdaderos autores.

Por este motivo le asiste razón al Fiscal cuando expresa que el actor aportó documentos privados sin autenticidad, y carentes de fuerza probatoria.

c) Las copias de los marconigramas que obran a folios 6, 7, 8, 9 y 16 dirigidos al Gerente General del INCORA aludiendo a su buen servicio, prueban que el actor a juicio de los remitentes era una persona competente e idónea, lo cual los condujo a solicitar la revocatoria del traslado, pero no prueban con ello que clase de voluntad motivó a la Administración para proferir dicho movimiento de personal.

Textualmente dice el marconi de 11 de abril de 1987:

"DOCTOR
FABIO BERMUDEZ
EDIFICIO CAN INCORA
BOGOTA

En nombre de la empresa comunitaria San José solicitámosle revocar traslado del DOCTOR ANGEL MARIA RODRIGUEZ quien ha servido a esta comunidad sin ningún interés.

FIRMADO:

GERMAN ROJAS MURCIA
PRESIDENTE

LEONEL QUINTERO PERDOMO
SECRETARIO. C.C.4.894.748 c/ca.

d) Las declaraciones juramentadas a que alude el actor se examinarán separadamente en el siguiente orden:

- DECLARACION DE TITO NARVAEZ. Dijo el testigo:

"En una Asamblea de Coagrohuila en la Inspección de Betania Santa Elena, el director Regional tomó la palabra en dicha asamblea para informar a los Asambleistas de la decisión del Incora de trasladar al Doctor Angel María Rodríguez, no recuerdo exactamente, lo que si recuerdo con exactitud es que el Doctor Rubén Ordóñez, o sea el Gerente Regional dijo que era un verdadera (sic) perdida no solo para la institución en el Huila sino para el campesino en general que nos hubieran privado de los servicios y conocimientos del Doctor Rodríguez.

"(....)"

...los Socios de coagrohuila mandaron memoriales como también otras organizaciones del septor (sic) campesino al Gerente Nacional del Incora en esa época el Doctor Fabio Bermúdez, me parece, como también se desplazaron diversas comisiones a Bogotá para tratar que se reconsiderara tal decisión relacionada con el traslado. El objetivo de estas comisiones y memoriales, eran para respaldar la gestión del Doctor Rodríguez, en el Huila y para hacer entender al Gerente Nacional la buena marcha que había tenido la regional Huila con la estadía del funcionario en mención. La decisión del Doctor Bermúdez o mejor la respuesta fue que esa decisión ya estaba tomada, lo que nos dio a entender que dicho funcionario estaba cumpliendo o (sic) obedeciendo órdenes superiores."

- PORFIRIO MONTENEGRO RICO. Dijo el testigo:

"..... se le hizo al señor Gerente la solicitud verbalmente por la comisión, de que reconsiderara el traslado del doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ, jefe de asentamientos campesinos en el Huila, que se reconsiderara el traslado de Neiva a otra regional del INCORA, a lo cual nos contestó el señor Gerente Regional corrijo el Nacional, el doctor FABIO BERMUDEZ, que iba a hacer unas investigaciones y a reconsiderar las solicitud (sic) hecho por la comisión, también nos dijo que habían quejas sobre el funcionario, sobre el doctor RODRIGUEZ ROZO, nosotros le averiguamos que clase de quejas, o que clase de quejas (sic) estaban haciendo esas acusaciones contra ese funcionario, él nos contestó que las asociaciones campesinas de diferentes municipios, la realidad es que había gente que no eran campesinos, unos camuflados, yo me considero campesino por que tengo una parcela y vivo en el campo, por lo cual nosotros dijimos que no eran validas las acusaciones que le estaban haciendo al funcionario. Yo no creo que el traslado obedeció a las quejas, si no que el doctor ANGEL MARIA era un tipo muy serio en su trabajo, era muy recto, el INCORA está en desorden y cuando él llegó puso las cosas en orden, entonces creo que a la gente no le gustó, uno de los funcionarios que mas prestó plata en el INCORA ese año fue el doctor RODRIGUEZ ROZO, durante su permanencia como Jefe de Asentamientos, le dió más créditos a los campesinos".

"(....)"

Pues mire, hay que retroceder a lo anterior dicho por el suscrito, el mismo Gerente Nacional del INCORA fue el que nos enteró de las quejas, el Gerente nos manifestó verbalmente en el despacho, a mi no me consta de comunicaciones enviadas al INCORA, simplemente me enteré por el mismo Gerente que habían quejas.

SECCION SEGUNDA

"(....)"

....él nos dijo que iba a reconsiderar el traslado del funcionario, lo cual no creo que se hizo, porque al funcionario le toco que irse, (sic) entonces no hubo ninguna reconsideración, no nos dijo porque lo habían trasladado, únicamente nos dijo que habían quejas contra él, la, realidad no lo estaban acusando los campesinos, sino gente interesada que vive de los intereses de los campesinos, campesino es el que trabaja en el campo."

- MIGUEL LOSADA QUIROGA. Dijo el testigo:

"Sin recordar la fecha, en la empresa comunitaria el Viso hubo una reunión de campesinos en la cual yo estuve presente, allí el señor DARIO PASTRANA, acusaba al doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ, de ser enemigo de la reforma agraria, porque se oponía a la compra de tierras en el Huila, en una reunión del consejo de Coagrohuila, le hacíamos la pregunta al doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ, a estas acusaciones que le habían hecho en el Viso, él nos manifestaba que estaba respaldando un estudio técnico y que por lo tanto esa tierra no era apta para la reforma agraria, és decir el predio CABALLERIZAS, él no estaba de acuerdo en entregarle un pedazo de tierra a los campesinos que no le fuera a producir nada, por lo tanto respaldaba el estudio técnico, en esa reunión del Viso habían representantes de otros municipios, pertenecientes a la ANUC, que respaldaban esta acusación, yo creo que el traslado obedeció a esas acusaciones porque no veo otro motivo.

"(....)"

Coagrohuila tiene o los campesinos asociados en Coagrohuila tienen representación en todo el departamento, en esa asamblea hubo una proposición de nombrar una comisión para que viajara a Bogotá y hablara con el Gerente General del INCORA doctor FABIO BERMUDEZ y se le solicitara el no traslado del doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ, esta comisión estuvo integrada por PORFIRIO MONTENEGRO, VICTOR MANUEL BENITEZ, EUFRACIO COLLAZOS y el suscrito, no recuerdo quien otro, nosotros fuimos a Bogotá, allí le solicitamos al doctor BERMUDEZ el querer de los socios de Coagrohuila, se que (sic) no trasladaran al doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ, EL DOCTOR BERMUDEZ nos contestó que nuevamente iba a mirar y a reconsiderar su traslado, pero que habían quejas en contra del doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ, quejas de los campesinos, por eso yo creo que el traslado del doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ, se debió a las quejas de los campesinos".

"(....)"

El doctor FABIO BERMUDEZ, dijo que iba a reconsiderar el traslado, que habían quejas en contra del doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ y vuelco (sic) y repito creo que por eso fue el traslado,. eso fue lo único que nos dijo el doctor BERMUDEZ fuimos al Despacho de él.

"(....)"

Creo que el traslado del doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ fue una cosa injusta por que siempre estuve (sic) pendiente de los campesinos para ayudarlos, en una ocasión nos acompañó al Ministerio de Agricultura para solicitar de que se ampliaran los créditos para el sector campesino."

- VICTOR MANUEL BENITEZ CORTEZ

"....directamente no me consta nada en cuanto a problemas que el doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ haya tenido con el INCORA o que el INCORA haya tenido con el doctor ANGEL MARIA RODRIGUEZ ROZO, lo que si me enteré pero por chismes digámoslo así, que él no se dejaba imponer órdenes del señor ALARCON o EDUARDO ALARCON y del señor PASTRANA, que él se ajustaba a la ley y a los reglamentos, y por lo tanto procedía con rectitud.

"(....)"

Personalmente no conocí ninguna queja de esas, pero puedo decir todo lo contrario de él siempre servía con prontitud en cuestiones de crédito, pues para mi concepto es que el señor ANGEL MARIA era uno de los funcionarios preocupados por la suerte de los campesinos y por lo tanto no le obedecía ordenes a dos bagabundos (sic) que ni eran campesinos de profesión, pero querían que se compraran tierras donde no se daba ni (sic) la rabia y como el doctor ANGEL MARIA se ajustaba a los reglamentos y a la técnica para mi parecer esa fue la pugna que hubo y tal vez por eso le costó el puesto."

e) Como en el memorial de impugnación del acto de traslado el actor hace un recuento de las causas que a su juicio motivaron el traslado y ellas han sido confirmadas por las declaraciones juramentadas de los campesinos cuyas versiones se han transcrito, dicho documento merece ser examinado conjuntamente con tales pruebas.

SECCION SEGUNDA

De las anteriores declaraciones se concluye que contra el actor se produjeron algunas acusaciones con ocasión de su comportamiento laboral y de las cuales fue enterado tanto el Gerente Regional como el Gerente General del INCORA.

De la lectura de estas quejas no puede concluirse en ningún momento que ellas fueran atentatorias del buen servicio, ni que el INCORA les hubiera dado esa trascendencia. También se puede concluir que el funcionario actuó de buena fe al oponerse a la compra de tierras por parte del INCORA en virtud de que ellas luego no servirían al campesino adjudicatario.

Igualmente de la lectura de estas declaraciones se observa que el actor se desempeñó eficientemente y fue un recto intérprete de las actividades que conforme al cargo le correspondía desempeñar.

f) Como en la respuesta del Gerente General del INCORA no se desvirtúa o rechazan los hechos expuestos por el actor ya que él se limita a expresar que el recurso "no es procedente, lo cual excluye la posibilidad de que la administración emita un nuevo pronunciamiento al respecto", podría inferirse indiciariamente que el acto de traslado pudo tener origen en las quejas presentadas por algunos campesinos no satisfechos con el proceder del actor.

g) Sin embargo, aceptando en gracia de discusión esta afirmación, no se puede expresar que con ello se haya configurado la desviación de poder, pues la entidad pudo haber obrado en ese sentido para poner fin a la actuación controvertida del actor, en bien del servicio sin que con ello condujera a la censura de la actuación de éste.

Distinto sería que la entidad hubiera trasladado al actor para luego si proceder a desarrollar con su reemplazo, actuaciones ilícitas o irregulares, aspectos éstos que no quedaron probados en el proceso.

h) Puede pensarse en vía de ejemplo, que quedó probado en el proceso que el demandante no estaba de acuerdo con la compra del predio «caballerizas» ubicado en el municipio de BARAYA, pero no que su adquisición fuera irregular o contraria a la ley.

i) Como puede observarse, aunque los declarantes y el actor estimen que la causa del traslado fue la aplicación invariable del criterio de éste frente al desarrollo de unos planes y programas de la institución, con ello no se está demostrando la desviación de poder con el acto de traslado, pues no se puede concluir invariablemente que el INCORA pretendiera fines ilícitos, porque como ya se dijo los directivos de esta institución oficial pudieron pensar que con esta

medida se solucionaban las diferencias existentes en la Regional del Huila entre el demandante y algunos campesinos.

Cuando los indicios no son necesarios, sino contingentes, ellos apenas nos suministran una mera probabilidad, pero nunca un grado de absoluta certeza. De ahí que cuando un hecho indicador o indiciario puede depender de varias causas, podemos señalar que se trata de un indicio leve o levísimo, como ocurre en el presente caso, y mediante el cual no se puede fundar una sentencia condenatoria por la infinidad de explicaciones que se pueden dar al hecho.

Por este motivo no está llamado a prosperar el cargo que el actor hace contra el acto de traslado.

5) Como el actor expresa que no se evaluaron correctamente por el Tribunal las consideraciones personales, familiares, económicas y sociales que le impedían al actor aceptar el traslado, deberá expresarse que el Tribunal si examinó estos aspectos pero diferenciando los que podrían surgir con el traslado en si mismo desde el punto de vista de la función pública tales como el nivel del cargo, el grado salarial, de seguridad social y de bienestar, concluyendo que con dicha medida no se pretenda desmejorar al funcionario, pues las condiciones en que se realizaba eran similares y por lo tanto aquellas circunstancias propias del interés privado o personal como el de residencia y negocios como el relacionado con la finca de su propiedad en el municipio de Rovira, debían ceder ante el interés público.

Igualmente, señaló el Tribunal que tampoco se producían "mayores inconvenientes relacionados con la educación de su familia, pues los dos hijos que tiene se encontraban recibiendo educación universitaria en Bogotá."

6) La Sala comparte los criterios que el Tribunal expuso, pues, es cierto que el interés público debe ceder ante el interés privado, máxime cuando en el presente caso no quedó demostrado en el plenario que el traslado se hubiera producido por un interés distinto al buen servicio público.

Por lo tanto, no está llamada a prosperar la impugnación que el actor hace por este aspecto.

7) También el demandante manifiesta su inconformidad, por cuanto el Tribunal no analizó el hecho 10o. de la demanda en relación con la conducta observada por la Dirección Regional del Proyecto Huila, en cuanto forzó el traslado del actor o su retiro del servicio, con actos que él califica de persecutorios y los cuales no pueden ser un "instrumento legítimo para que la administración pueda alcanzar sus fines."

SECCION SEGUNDA

Sobre el particular deberá expresarse que de acuerdo con el memorando del demandante de 11 de mayo de 1987 y de la declaración de María E. Perdomo, se impartieron instrucciones por parte de la administración para que no se le tramitara al actor correspondencia, pero con base en que éste debía trasladarse a la Regional Nariño, de una parte, y de la otra, porque en concordancia con lo anterior, el Gerente Regional le había solicitado con antelación de más de un mes, la entrega del despacho y éste había dilatado la entrega del mismo.

De lo antes expuesto, se concluye que en realidad los funcionarios de la Regional Huila del Incora no actuaron con ilicitud como lo expresa el actor, para lograr su traslado o el retiro del servicio.

8) Como el actor advierte que el Tribunal no analizó cuidadosamente el texto de la renuncia, en el cual consignó que el motivo de la misma no era solamente el traslado, sino "las causas manifestadas por la administración como motivo del mismo", para referirse a las quejas que sobre él hacían algunos campesinos, señalando que ellas le habían lesionado su patrimonio moral, habrá de decirse lo siguiente:

a) Como quedó antes examinado, no es cierto que los funcionarios del INCORA hubieran manifestado que la causa del traslado tuvo origen en las quejas formuladas por los usuarios campesinos. En sentido contrario, los declarantes señalan que el Gerente General del INCORA nunca les manifestó la existencia de este hecho como causa del traslado.

Los documentos que se allegaron al proceso ninguno expresa este hecho, salvo los suscritos por el actor, cuya afirmación no quedó en ningún momento confirmada plenamente por ningún medio probatorio.

No obstante, aceptando este hecho en gracia de discusión, se concluye que no se probó que con él, el INCORA pretendiera fines distintos al buen servicio público como antes se anotó.

b) Como consecuencia de lo anterior, al no haber quedado probado plenamente que el traslado se debió a las referidas quejas, mal puede atribuírsele vicio alguno al acto de la aceptación de renuncia por parte del INCORA.

c) Desde luego que para el actor sí existe dicha conexidad, tanto que motivó su renuncia con base en dicho argumento. Sin embargo, como ya se dijo, ello no quedó probado, y de entenderse que existió, era válido para la administración tomar esa decisión, pues con ella solucionaba las discrepancias administrativas surgidas entre el funcionario y los usuarios del servicio, en bien de la comunidad.

Por el mismo motivo no puede existir conexión válida entre la renuncia y los hechos consignados en el escrito de reposición, que justificaran la decisión de esta jurisdicción para anular el acto de renuncia.

d) Como el recurrente en el escrito insiste en este punto, deberá reiterarse que en el proceso no quedó probado que el INCORA hubiera procedido a efectuar el traslado para lograr fines ilícitos, ni que hubiera propiciado tales discrepancias para expedir los actos que ahora se acusan.

Por consiguiente, se concluye que no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, debiéndose confirmar el fallo apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

CONFIRMASE EL FALLO DE 24 DE JULIO DE 1990 DENTRO DEL PROCESO PROMOVIDO POR ANGEL MARIA RODRIGUEZ ROZO.

En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Discutida y aprobada en Sala en sesión del día dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, (ausente); *Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE - Estabilidad / PENSION DE JUBILACION / SALARIO - Compatibilidad / ESCALAFON DOCENTE - Exclusión / EDAD DE RETIRO FORZOSO

Para el ingreso, ejercicio, ascenso y retiro de los docentes en sus diversos niveles y modalidades, existe un régimen especial, y que, por el mismo, no solamente están comprendidos los maestros propiamente dichos, sino también quienes desempeñen cargos de dirección y coordinación en los planteles educativos, de supervisión o inspección escolar y demás actividades de educación formal autorizada por el Ministerio del ramo. Sin embargo, para ser tenido como docente, para que así se goce de "los derechos y garantías propias de la respectiva carrera, es necesario que se encuentre inscrito en el escalafón, que sea designado para un empleo de dicha naturaleza y que tome posesión del mismo". Si se dan los tres requisitos el docente "no podrá ser suspendido o destituído.... sin antes haber sido suspendido o destituído del escalafón", siendo esto último posible sólo por "ineficacia profesional o mala conducta comprobadas ... ". Además, por ser educador de carrera, se "tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido exlcuído del escalafón o no haya alcanzado la edad de 65 anos para retiro forzoso"; en otra palabras, el ejercicio de la profesión no es incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso al cumplir 65 años de edad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda

Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

EXP. -7223

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 7223 AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JOSE MARIA ARCILA GARCIA

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 29 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

Se solicitó en este proceso la nulidad del artículo único del decreto número 1369 de 11 de abril de 1989, proferido por el Gobernador de Antioquia en su calidad de presidente de la Junta Administradora F.E.R., por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor José María Arcila García en el cargo de Rector del Idem Doce de Octubre del Municipio de Medellín y el consecuente restablecimiento del derecho.

En el libelo demandatorio se citaron como normas transgredidas los artículos 16, 17, 26 y 30 de la Constitución Política; 26, 28, 31, 36, literal. h), 55, 59 y 68 del decreto de 1979; decretos 2480 de 1986 y 2372 de 1981, que consagran el derecho al debido proceso disciplinario de los docentes, sobre cuyo concepto de violación discurre a folios 14 a 17 del expediente, alegándose, en síntesis, que las disposiciones constitucionales imponen a las autoridades la obligación de garantizar la vida, honra y bienes de los ciudadanos (art. 16). de proteger y garantizar el derecho al trabajo (art. 17), proteger los derechos de los ciudadanos, adquiridos con justo título (art. 30) y garantizar el derecho de defensa (art. 26). Con relación a los preceptos que rigen la carrera docente, según el actor, éstos protegen el derecho de permanencia en el cargo de los empleados docentes quienes, una vez inscritos en el escalafón, adquieren una relativa estabilidad y no pueden ser retirados del servicio sino mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello, como lo son el cumplimiento de la edad de retiro forzoso y el retiro del escalafón y como ellos no se cumplieron, el acto de insubsistencia no podía proferirse por expresa prohibición legal.

El fallador de primera instancia accedió a las súplicas de la demanda, para lo cual consideró, luego de hacer un análisis de las normas invocadas por la parte demandante, que los docentes incorporados a la carrera no pueden ser separados del servicio discrecionalmente, a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

"La razón de ser de un sistema de carrera, es la estabilidad en el empleo. Por este motivo se consagran taxativamente las causales de retiro del servicio,

entre las cuales el decreto-ley 2277 de 1977 (sic) sólo consagra la insubsistencia para el personal sin escalafón a los nombramientos legales (art. 68).

Por tratarse de un funcionario escalafonado que ejercía un cargo directivo de carácter docente, el demandante no podía ser desvinculado del servicio discrecionalmente, a través de la declaratoria de insubsistencia."

Mediante apoderado, la entidad demandada interpuso el recurso de apelación contra la sentencia comentada, alegando que, entre los derechos que consagra el estatuto docente, está la de obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley, pero que los empleados oficiales una vez adquieren el derecho a la pensión de Jubilación tienen que retirarse del servicio y como el actor estaba gozando de dos pensiones, la departamental y la nacional, "el señor Gobernador del departamento de Antioquia como Presidente de la Junta Administradora del FER, interpretando lo preceptuado en esta ley (Decreto 224 de 1972), prescindió de sus servicios ya que al tenor literal del artículo 5 del citado decreto única y exclusivamente se refiere a la compatibilidad entre seguir ejerciendo la docencia y gozar de la **pensión de jubilación** y no expresa que existe compatibilidad para seguir laborando en la docencia y gozar de **dos jubilaciones,** y de esta manera se reciban tres erogaciones del tesoro público. Existe, además, prohibición (artículo 64 de la Constitución de 1886), vigente en el momento de la desvinculación del actor que preceptuaba. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinan las leyes. Ya dijimos anteriormente que en el artículo 5 del decreto 224 de 1972 se consagra la compatibilidad para seguir ejerciendo la docencia y gozar de la pensión de jubilación, pero no se expresa en el citado artículo que se pueda gozar de **dos** pensiones de jubilación y el salario como es caso del demandante."

Arguye, además, el apoderado de la entidad demandada que el acto demandado también obedeció al mandato constitucional que protege el derecho al trabajo (art. 17 C. de 1886), pues, ante la existencia de una cantidad de normalistas y licenciados en ciencias de la educación que, sometiéndose a concursos y grandes esfuerzos para superarse, que desean afanosamente prestar sus servicios a la educación y porque (sic) no decirle, necesitan de un empleo para poder subsistir, la administración obedeciendo a su deber de justicia social no tiene que perpetuar en el servicio a un servidor cuando la sociedad le está pidiendo que dé la oportunidad de laborar a las personas jóvenes que se han preparado para educar al hombre de hoy."

Y, finalmente, arguye que la desvinculación del actor se fundamentó en la sentencia de 7 de julio de 1988, expediente 1254, Magistrado ponente doctora

Clara Forero de Castro, en donde se consigna, en síntesis, que la estabilidad de los docentes proviene de su inscripción en el escalafón, confiriéndoles el derecho a permanecer en el cargo mientras no sean excluídos de él por las causas legalmente establecidas, pero "interpretando las normas que lo regulan y su finalidad el Consejo de Estado ha sostenido siempre que las garantías inherentes al escalafonamiento en una carrera sólo tiene efectividad hasta cuando el escalafonado obtiene el derecho a pensión de jubilación. Así sucede con la generalidad de los empleados públicos, buscando también por ese medio, como lo dice la apoderada del departamento, dar oportunidad de trabajo a las nuevas generaciones.

Uno de los motivos del escalafón es evitar la remoción inmotivada del docente y facilitarle el cumplimiento de los requisitos para jubilarse, para que el retiro del servicio no quede desprotegido. Una vez obtenida esa finalidad, es lógico que puede ser removido del cargo como pueden serlo todos los empleados públicos, sin que a ello se oponga el beneficio de la compatibilidad entre sueldo y pensión."

Hánse cumplido las etapas propias de la segunda instancia y tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio ante el traslado que oportunamente se les dió mediante auto de 26 de noviembre de 1992 (fol. 239).

Como no se observa causal de nulidad que invalide la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Se tiene entonces que el acto administrativo es impugnado por la parte demandante, con el argumento de que fué proferido con violación de las normas legales que rigen la carrera docente, porque, pese a que el actor estaba escalafonado y gozaba, por ende, del derecho de permanecer en el cargo y no podía ser desvinculado sino por causas legales, la administración declaró su insubsistencia con claro desconocimiento de dicha normatividad.

Esta Sección del Consejo de Estado, recogiendo la Jurisprudencia citada por la entidad demandada, reiteradamente ha sostenido que para el ingreso, ejercicio, ascenso y retiro de los docentes en sus diversos niveles y modalidades, existe un régimen especial (art. 1, del decreto-ley 2277 de 1979), y que por el mismo, no solamente están comprendidos los maestros también quienes desempeñen cargos de dirección y coordinación en los planteles educativos, de supervisión o inspección escolar y demás actividades de educación formal autorizada por el Ministerio del ramo (art. 2o. *ibídem*). Sin embargo, para ser tenido como docente, para que así se goce de los derechos y garantías propias de la respectiva carrera, es necesario que se encuentre **inscrito en el escalafón,**

que sea asignado para un empleo de dicha naturaleza y que tome posesión del mismo" (art. 27). Si se dan los tres requisitos el docente "no podrá ser suspendido o destituído... sin antes haber sido suspendido o destituído del escalafón", siendo esto último posible sólo por "ineficacia profesional o mala conducta comprobadas..." (art. 28). Además, por ser educador de carrera, se "tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluído del escalafón o no haya alcanzado la edad de 65 años para su retiro forzoso" (art. 31); en otras palabras, el ejercicio de la profesión no es incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso al cumplir 65 años de edad (art. 5o. decreto-ley 224 de 1972).

Ahora bien, en el caso aquí debatido, la documental arroja evidencia de que el señor Arcila García estaba inscrito en el escalafón (fol. 9); desempeñaba el cargo de rector del Idem Doce de octubre de Medellín, por traslado que se le hiciera del Idem Bernardo Arango Macías del municipio de La Estrella (fol. 4); luego, reunía los requisitos que le daban la relativa estabilidad en el cargo y en tal virtud, la administración no podía retirarlo de él sino con el cumplimiento de las normas que rigen la materia, es decir, previo el retiro del escalafón, por cumplimiento de la edad de retiro forzoso o por ineficacia en el ejercicio de sus funciones. Como no se cumplieron estos requisitos para declarar la insubsistencia, es claro para la Sala que el acto fué proferido en forma irregular, imponiéndose, por ende, su anulación.

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:

Confírmase la sentencia de 29 de mayo de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por la cual accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor José María Arcila García.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

EXP. -7223

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCIONARIO DE CARRERA - Estabilidad / ESCALAFON - Ascenso / ESCALAFON - Reclasificación / ADMINISTRADOR DE ADUANAS / INSUBSISTENCIA - Improcedencia

El demandante en este proceso gozaba de estabilidad dentro de la carrera, respecto del cargo en el cual estaba escalafonado y concurso para el de Administrador de Aduanas, habiendo aprobado el concursó y por tanto fué incluído en la lista de elegibles. Por consiguiente, su nombramiento en ese cargo debió considerarse como un ascenso dentro de la carrera. La calificación de "ordinario", no podía variar la verdadera situación. Es cierto sí, que no obtuvo su reclasificación en el escalafón a pesar de haberla solicitado, pero la circunstancia de haber concursado y la petición de reclasificación lo dejaron a salvo de la negligencia de la Administración ya que en la forma como accedió al cargo de Administrador, siendo funcionario de carrera, le garantizaba su continuidad en el escalafón. Sin embargo, la ley 61 de 1987 clasificó como de libre nombramiento y remoción todos los cargos de la Dirección General de Aduanas y por ello al aceptar el actor los traslados e incorporaciones al cargo de Administrador de Aduanas, siendo ya este de libre nombramiento y remoción sin ser previamente comisionado para ello, perdió sus derechos de funcionario escalafonado. Es precisamente lo que alega la Administración. El demandado venía ocupando ese cargo desde cuando era de carrera y accedió a él por concurso. No era le caso entonces de obtener comisión para desempeñarlo porque ya lo hacía cuando estaba clasificado como de carrera y en su calidad de funcionario escalafonado, no perdía las prerrogativas del escalafón porque el cargo que ocupaba se tornara en de libre nombramiento y remoción. Sus derechos frente a la carrera no se afectaban a

pesar de ocupar un empleo que por disposición legal fué clasificado de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, su retiro por insubsistencia sólo procedía en forma motivada y por las causales contempladas en la ley.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Dra. Claro Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7271. Decretos del Gobierno. Actor: HERNANDO BURITICA ROJAS

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de junio de 1992 por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el doctor Hernando Buriticá Rojas pidió al Tribunal anular el decreto 793 (marzo 21) de 1991, por medio del cual el Presidente de la República y su ministro de Hacienda y crédito Público declararon insubsistente su nombramiento como Administrador de Aduanas 2070-09 de la Dirección General de Aduanas de esa dependencia gubernamental.

Como consecuencia de tal nulidad, solicitó el restablecimiento de su derecho.

EL FALLO APELADO

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Para ello hizo primero un recuento de las normas que regulan la carrera administrativa; luego analizó las pruebas relativas a la situación del actor frente a la misma carrera; en seguida habló de la "naturaleza del cargo de donde se produjo la insubsistencia" y allí transcribió apartes de un fallo de Sala Plena de esta Corporación (fls. 157 - 158).

Terminó diciendo que pese a que el demandante tenía estabilidad en el empleo de Abogado IV-25 -cargo en el cual estaba inscrito dentro de la carrera- perdió sus derechos puesto que para ocupar el de Administrador de Aduanas

no obtuvo previamente la comisión de que habla el artículo 2o. de la ley 61 de 1987, a partir de cuya vigencia todos los cargos de la Dirección General de Aduanas se tornaron de libre nombramiento y remoción.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Dice el apelante que el nombramiento en el cargo de Administrador de Aduanas se produjo como ascenso dentro de la carrera; que mientras el nombramiento ordinario es para empleos de libre nombramiento y remoción, el ascenso es para empleados de carrera; que el artículo 227 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 garantiza que un empleado inscrito en el escalafón que apruebe un concurso abierto, tiene derecho a que su nombramiento se efectúe como ascenso dentro de la carrera; que en cuanto a lo aseverado por el Tribunal en el sentido de que el actor no obtuvo comisión para desempeñar el cargo indica que el *a-quo* está aplicando el artículo 49 del D.L. 2400 de 1968, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia; que el Consejo de Estado ha dicho que cuando a un empleado que tiene escalafón en carrera se le nombra en otro cargo no pierde por ello los derechos de aquella; sobre el particular transcribe apartes de la sentencia de 8 de julio de 1987 (sic) proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del proceso en que fué actor el señor Hernando Medina Avila. Finalmente, señala que a partir de la ley 61 de 1987 "... quienes sin pertenecer a la carrera ocupaban cargos pertenecientes a ella, que con base en lo dispuesto en la ley 61 ahora son de libre nombramiento y remoción continúan como funcionarios de libre nombramiento y remoción, entendiéndose que su nombramiento tiene el carácter de ordinario" (fl. 190).

EL CONCEPTO FISCAL

En el traslado para emitir concepto de fondo, el señor Procurador Cuarto Delegado guardó silencio.

Se decide previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer en este caso si se ajusta a derecho el decreto 793 (marzo 21) de 1991, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como Administrador de Aduanas, o si, por el contrario, el acto acusado es nulo por haber desconocido las prerrogativas de la carrera administrativa que según la demanda lo amparaban y dentro de las cuales se encuentra, como es lógico, la relativa estabilidad en el cargo.

Debe entonces la Sala dilucidar cuál era la real situación del doctor Buriticá Rojas frente a la carrera administrativa el día en que se produjo su declaratoria de insubsistencia, es decir, el 21 de marzo de 1991.

De autos se destaca lo siguiente:

El Doctor Buriticá, por medio de la resolución 613 (septiembre 3) de 1974, originaria del Departamento Administrativo del Servicio Civil, fué inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el empleo de Abogado IV-25 (fls. 30-31 y 74 cd. 2 de antecedentes).

Tras la convocatoria No. 002-002 (Enero 21) de 1976 para proveer por concurso el cargo de Administrador de Aduanas de Bucaramanga Clase III Grado 26, se llevó a cabo el concurso y el actor quedó en cuarto lugar de la lista de elegibles según aparece en la resolución 13136 (octubre 4) de 1976, de la Jefatura de Personal del Ministerio de Hacienda y de la Jefatura del Departamento Administrativo del Servicio Civil (fls, 36-37 cd. ppal.);

En el artículo 5o. de la mencionada resolución se dijo: "La anterior lista de elegibles tendrá vigencia de un (1) año contado a partir de la fecha de expedición; será utilizada durante ese mismo período para proveer las vacantes, de la misma serie, grado y grado (sic) o, podrá acudirse a ella, para proveer cargos vacantes, de grado igual o inferior y de series afines o complementarias, que se presentaran en este Organismo";

Por decreto 2235 (octubre 22) de 1976, se nombró al demandante con carácter ordinario como Administrador de Aduanas III-26 en Medellín (fl. 41 cd. ppal.);

Luego fué encargado, según resolución 03429 de 25 de noviembre de 1983 como Administrador de Aduanas 2070-09 en Riohacha (fl. 211 cd. 2 de antecedentes);

Por decreto 928 (abril 13) de 1984 se le traslada como Administrador de Aduanas 2070-09 de la Aduana en Turbo (sic) al mismo en Riohacha (fl. 286 cd. 2 antecedentes);

Aparece después, en la cronología de cargos, que por medio del artículo 13 del Decreto 393 (febrero 24) de 1987 se lo traslada de la Administración de Aduanas de Cúcuta "al cargo de Administrador de Aduanas 2070-09 de la Administración de Aduanas de Barranquilla ..." (fl. 202 cd. 2 antecedentes); por Decreto 1319 de 20 de junio de 1989 se le incorpora en el mismo cargo en Riohacha.

SECCION SEGUNDA

Finalmente, el 21 de marzo de 1991 se produce el decreto 793 -acto acusado- por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento en el cargo tantas veces mencionado, pero no se dice dónde lo desempeñaba. Es en comunicación enviada por el Ministerio de Hacienda al Tribunal donde se afirma que la insubsistencia se produjo "de la Aduana de Riohacha" (fl. 89 cd. ppal.).

De lo hasta aquí expuesto se infieren con claridad varias cosas: a) que el Doctor Buriticá Rojas fue inscrito en el escalafón en el cargo de **Abogado IV-25**; b) que pese a haber quedado en lista de elegibles para el cargo de Administrador de Aduanas III-26, el primer nombramiento en tal destino para la Aduana en Medellín se hizo con carácter **ordinario**, no como ha debido serlo, en período de prueba dentro de la carrera; c) que con idéntica condición fue unas veces encargado y otras veces trasladado en el mismo empleo, sirviendo, por ejemplo, en Turbo, Cúcuta, Riohacha y Barranquilla; d) que el último cargo desempeñado y del cual se le retiró por declaratoria de insubsistencia fué el de Administrador de Aduanas 7020-09, al cual había accedido por Incorporación a la planta de personal.

Consta también en el expediente que el 25 de noviembre de 1987, antes de la expedición de la ley 61 de 30 de diciembre de 1987, solicitó su reclasificación en el escalafón.

Sobre estos supuestos, se tiene lo siguiente:

Según el artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 la condición de funcionario de carrera se pierde **únicamente** por las causales de cesación definitiva de funciones, o sea por: declaratoria de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta y retiro forzoso por edad.

Como lo ha dicho la Sala Plena de la Corporación (Exp. S-031, julio 8 de 1988), si no hay cesación definitiva de funciones por alguna de las razones enunciadas, el funcionario inscrito en carrera conserva las prerrogativas inherentes a ésta, así sea que haya pasado a otro u otros cargos.

Hasta dónde van esas prerrogativas en materia de estabilidad, lo dijo la Sala en aquella oportunidad:

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

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

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

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

Se tiene entonces que el demandante en este proceso gozaba de estabilidad dentro de la carrera, respecto del cargo en el cual estaba escalafonado, es decir, en el de Abogado IV-25, y concursó para el de Administrador de Aduanas, habiendo aprobado el concurso y por tanto fué incluído en la lista de elegibles.

Por consiguiente, su nombramiento en ese cargo debió considerarse como un ascenso dentro de la carrera. La calificación de "ordinario", no podía variar la verdadera situación.

Es cierto sí, que no obtuvo su reclasificación en el escalafón a pesar de haberla solicitado, pero la circunstancia de haber concursado y la petición de reclasificación lo dejaron a salvo de la negligencia de la Administración ya que la forma como accedió al cargo de Administrador, siendo funcionario de carrera, le garantizaba su continuidad en el escalafón.

Se dirá sin embargo, que la ley 61 de 1987 clasificó como de libre nombramiento y remoción todos los cargos de la Dirección General de Aduanas y por ello al aceptar el actor los traslados e incorporaciones al cargo de Administrador de Aduanas, siendo ya este de libre nombramiento y remoción sin ser previamente comisionado para ello, perdió sus derechos de funcionario escalafonado. Es precisamente lo que alega la Administración.

Olvida sin embargo que el señor Buriticá Rojas venía ocupando ese cargo desde cuando era de carrera y accedió a él por concurso. No era el caso entonces de obtener comisión para desempeñarlo porque ya lo hacia cuando estaba clasificado como de carrera y en su calidad de funcionario escalafonado, no perdía las prerrogativas del escalafón porque el cargo que ocupaba se tornara en de libre nombramiento y remoción.

Para la Sala es claro que el señor Buriticá Rojas no podía negarse a ser trasladado a diferentes ciudades refiriéndose el traslado al mismo cargo de Administrador para el cual concursó y luego se le nombró por formar parte de la lista de elegibles.

Sus derechos frente a la carrera no se afectaban a pesar de ocupar un empleo que por disposición legal fué clasificado de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, su retiro por insubsistencia solo procedía en forma motivada y por las causales contempladas en la ley.

Al dársele tratamiento de empleado de libre nombramiento y remoción se infringieron las normas citadas en el libelo, lo cual conduce a la prosperidad de las súplicas de la demanda previa revocatoria de la sentencia del Tribunal.

Se observa sin embargo que estando vigente en este Momento el artículo 5o. de la ley 27 de 1992 en el cual se contemplan precisamente las consecuencias del cambio de naturaleza de los empleos, la Administración deberá tener en cuenta esta norma y reintegrar al actor a un empleo de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior al de Administrador de Aduanas que desempeñaba y sólo en caso de no existir vacantes en las respectivas plantas de personal, se le reintegrará al mismo cargo.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira el 26 de junio de 1992 dentro del proceso iniciado por Hernando Buriticá Rojas.

En su lugar dispone:

Es nulo el Decreto 793 de 21 de marzo de 1991, por el cual el señor Presidente de la República declaró insubsistente el nombramiento hecho al doctor Hernando Buriticá Rojas identificado con la C. de C. No. 1'7091810 de Bogotá, como Administrador de Aduanas 2070-09.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público- reintegrará al

Doctor Hernando Buriticá Rojas teniendo en cuenta para ello lo dispuesto por el artículo 5o. de la ley 27 de 1992, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconocerá y pagará al doctor Hernando Buriticá Rojas los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde cuando fué retirado del servicio y hasta cuando se produzca su reintegro, enténdiendose que no hay solución de continuidad.

De las sumas que sean liquidadas la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- descontará lo que el señor Buriticá Rojas haya percibido del Tesoro Público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, conforme al artículo 128 de la Constitución Nacional.

La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el artículo 177 *ibídem.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Una vez ejecutoriada la sentencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobada por la Sala en sesión de 2 de diciembre de 1993.-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos arturo Orjuela Góngora, (Con aclaración de voto). *Joaquín Barreto Ruíz* (ausente), *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoría: Se reitera además, la sentencia de 8 de julio de 1988, Exp. S-031, Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO, Actor: HERNANDO MEDINA AVILA, publicada en los Anales del Consejo de Estado de 1988 2o. Semestre, Vol. I.

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de Voto)

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. 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 esos términos en la ley.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre 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 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 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. 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 1o del decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo

trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaría 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 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 Góngora.

ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia / DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES

La modalidad de acumulación de pretensiones debe llenar los requisitos contemplados en los tres numerales del art. 82 del C. de P.C., cuales son, que el Juez sea competente para conocer de todas las pretensiones; que éstas no se excluyan entre sí; y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Además, deben darse cualesquiera de los supuestos de que habla el inciso tercero del mismo precepto, es decir, que las pretensiones provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros. Por manera que al no darse ninguno de los supuestos contemplados en el inciso tercero del art. 83 del C. de P.C. para que sea viable la acumulación de pretensiones, se confirma la providencia objeto del recurso de apelación.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 8210 APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: HORACIO DE JESUS GOMEZ Y OTROS

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra el auto de 27 de noviembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda,

Subsección "B", mediante el cual se inadmite la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

En la demanda instaurada por Horacio de Jesús Gómez Gómez y cuatro personas más, se impugna a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acuerdo No. 0013 de 12 de abril de 1991, expedido por el Instituto de Asuntos Nucleares, mediante el cual se revocaron directamente los acuerdos Nos. 003 de 19 de febrero de 1976; 006 de 3 de marzo de 1980 y 027 de 4 de noviembre de 1981, por medio de los cuales se reglamentó en forma especial el régimen de prestaciones sociales del personal de dicho Instituto, concretamente en cuanto se reconocían vacaciones por 15 días hábiles cada 6 meses, y se reconocía pensión de jubilación a los empleados expuestos a radiaciones ionizántes del Instituto a cualquier edad y con 20 años de servicios, contínuos o discontínuos, o con 15 años de servicio al cumplir 50 años de edad.

Para inadmitir el libelo en cuestión, dice el Tribunal que en ella se plantea un litisconsorcio activo voluntario, que no tiene fundamentación jurídica alguna, el cual se rige por el inciso tercero del artículo 82 del C.P.C., teniendo lugar, entre otros eventos, cuando hay varios demandantes contra un demandado, como es el caso de autos, que requiere además, según los requisitos señalados en el inciso primero del artículo en comentario, que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones, aunque no sean conexas entre sí, entre las cuales pueden haber de menor y de mayor cuantía; que no sean excluyentes entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y que puedan todas tramitarse por un mismo procedimiento.

Pero, que de conformidad con el inciso tercero del mismo artículo, las pretensiones deben provenir de la misma causa, o versar sobre el mismo objeto, o hallarse entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros demandantes.

Y en cuanto a los requisitos del inciso primero, de dicho artículo, dice el Tribunal, que no hay obstáculo alguno, pero en cuanto a los requisitos del inciso tercero, no sucede lo mismo, puesto que la causa o fundamento fáctico de las pretensiones es individual o particular para cada uno de los demandantes, cuyo origen está en los actos, hechos u omisiones de las partes. Y en el caso en estudio es fácil comprender que es diferente el fundamento que puede servir para el reconocimiento de la pensión de jubilación a los demandantes, y diferentes además, los valores de la pensión de jubilación correspondiente a cada uno de ellos. Así, por ejemplo, los requisitos legales cumplidos por el demandante

SECCION SEGUNDA

Horacio de Jesús Gómez para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación, que le sirve de causa a su pretensión, no puede servir para los demás demandantes, y así respecto de cada uno de ellos.

En cuanto al objeto, o sea el bien de la vida en criterio de los tratadistas, si se tiene en cuenta que contra el Instituto de Asuntos Nucleares se impetra el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, no habría identidad de objeto, no porque sea diferente la cuantía a recibirse por cada demandante por la prestación social impetrada. Objeto que no es el mismo para cada uno de los actores, puesto que cada uno persigue uno distinto, personalmente hablando, que es de alcance individual o particular.

Continúa el Tribunal, y dice, que las pretensiones de los demandantes no se hallan entre sí en relación de dependencia, puesto que antes por el contrario las pretensiones son independientes, ya que cada demandante persigue su propio objeto, dado que el reconocimiento de la pensión de un actor no depende para nada de la otra.

Y, por último, que las pretensiones formuladas en la demanda no se sirven de las mismas pruebas, sino de las que en concreto se refieren a cada accionante. Pues, es diferente el tiempo servido al Instituto por cada uno de ellos que sirve de base para liquidar la pensión que reclaman y, por lo mismo, distintas las pruebas a hacerse valer por cada demandante.

Termina el Tribunal la providencia remitiéndose a que con base en el artículo 52 del decreto ley 2651 podría ser procedente la acumulación de pretensiones, pero ella no resulta viable como muy bien se analiza en el auto de 10 de julio de 1992, proferido por la Sección Segunda, Subsección "A" del mismo Tribunal, dentro del proceso radicado bajo el No. 28791, el cual transcribe de folios 49 a 54.

En la sustentación del recurso de alzada sostiene el apoderado de los demandantes, que el artículo 52 del decreto 2651 es suficientemente claro al señalar los eventos en que procede la acumulación de pretensiones, pero se remite a continuación a lo establecido en la materia en cuanto a los procesos meramente laborales en que la norma exige cuando se acumulan pretensiones de varios demandantes contra el mismo demandado o demandados, no sean conexas, que provengan de una misma causa, o se originen en una misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros. Como se ve aunque muy similar los requisitos no dejan de tener sustanciales diferencias.

En el caso en estudio, dice, varios demandantes acumularon sus pretensiones en contra de una misma entidad (Instituto de Asuntos Nucleares), las cuales tienen un mismo origen (acuerdo No. 0013 de 1991), que en el curso del proceso deben servirse de las mismas pruebas, dándose los presupuestos exigidos por la norma para que tenga lugar la acumulación, además, que debe tenerse en cuenta que el proceso es de naturaleza contencioso administrativa y que en la acumulación se tuvo en cuenta lo prescrito por el artículo 82 del C.P.C. y la Corporación donde se presentó la demanda es competente para conocer de la totalidad de las pretensiones, las cuales no se excluyen entre sí y pueden tramitarse por el mismo procedimiento.

SE CONSIDERA:

Con base en el literal e) del artículo 5 transitorio de la Nueva Carta Política, el Presidente de la República expidió el decreto No. 2651 de 25 de noviembre de 1991 para descongestionar los despachos Judiciales. Fue así como, entre otras cosas, en materia de acumulación de pretensiones en los procesos contencioso administrativos, dice la norma, que procederá en la forma establecida en el artículo 82 del C.P.C.

En el caso *sub-lite*, se observa que cinco (5) personas, a través de apoderado, impugnaron el acuerdo No. 0013 de 12 de abril de 1991, expedido por la Junta Directiva del Instituto de Asuntos Nucleares, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así, se ha planteado en la demanda, una modalidad de acumulación de pretensiones de varios demandantes contra un demandado.

Esa modalidad de acumulación de pretensiones debe llenar los requisitos contemplados en los tres numerales del artículo 82 del C.P.C., cuales son, que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones; que éstas no se excluyan entre sí; y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Además, deben darse cualesquiera de los supuestos de que habla el inciso tercero del mismo precepto, es decir, que las pretensiones provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

En el caso de autos pueden darse los requisitos contemplados en los numerales del artículo en comentario, pero no así los supuestos del mencionado inciso, según el breve análisis que se hace a continuación:

SECCION SEGUNDA

LA CAUSA: Entendida como el motivo que mueve a la razón, la radica la norma en el fundamento fáctico de las pretensiones; y bien es sabido, que su origen está en los actos, hechos u omisiones de las partes, lo que es desde luego, particular o distinta para cada demandante en el caso de autos y, por lo mismo, no puede ser común para todos ellos.

EL OBJETO: Entendido como el fin o intento a que se dirige una acción u operación, es lo que se pretende alcanzar, y que en el caso de autos es diferente para cada demandante, así se trate del mismo asunto, abstractamente hablando, cual es el reconocimiento de una pensión de jubilación, pues como bien lo observa el Tribunal, la identidad de objeto no puede establecerse porque se trate del mismo asunto, lo que conllevaría a identificarlo por la denominación genérica de los casos o las pretensiones, y no por el objeto materialmente considerado, que es a lo que se refiere la norma.

RELACION DE DEPENDENCIA: Las pretensiones de las demandantes son totalmente independientes y, por lo mismo, no se hallan entre sí en ninguna relación de dependencia.

LAS PRUEBAS: Las pretensiones de cada uno de los demandantes, así como son independientes unas de otras, igualmente se valen de pruebas ajenas y no pueden servir en común para demostrar unos mismos hechos, puesto que el tiempo servido al Instituto por cada demandante es diferente y que sirve como uno de los requisitos para aspirar el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Por manera que al no darse ninguno de los supuestos contemplados en el inciso tercero del artículo 83 del C.P.C. para que sea viable la acumulación de pretensiones, se confirmará la providencia objeto del recurso de apelación.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

1.- Confírmase el auto apelado de 27 de noviembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B".

2- En firme esta providencia devuélvase el asunto a dicho Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP. -8210

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA / PRINCIPIO DE IGUALDAD / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El art. 181 del C.C.A., dispone que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los Tribunales Administrativos y en relación con este asunto y a fin de determinar la competencia del juez en los distintos casos, existe toda una reglamentación al efecto en los artículos 131 y 132 del estatuto y conviene puntualizar que aquélla es siempre reglada; no está al arbitrio de la parte interesada. No se determina la competencia del proceso o las instancias por la simple manifestación de que la cuantía asciende a una suma señalada Para tal efecto o que del mismo conoce el juez en única o primera instancia porque tales presupuestos deben deducirse en forma razonada con fundamento en las pretensiones y del mismo contexto del libelo. El art. 137 de C.C.A. expresamente señala esta exigencia, cuando entre los requisitos que debe contener la demanda figura éste. Para la fecha de presentación de la demanda, estaba vigente el decreto 597 de 1988, por el cual se había ordenado el reajuste de las cuantías para efectos de la competencia, cada dos años en un 40 y en tales condiciones, eran de conocimiento de los Tribunales Administrativos en única instancia, aquéllos procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, como es el caso del *sub-lite*, cuando la cuantía de la acción no excediera de $500.000, determinada en la forma que dispone el artículo 131 de la codificación, ordinal 6), líteral b), esto es, cuando se reclaman prestaciones de tal naturaleza, por lo que se pretenda, según la demanda, "desde cuando se causaron hasta La presentación de la misma sin pasar de tres (3) años". La

competencia ha sido y es reglada, de ahí las normas que regulan ésta. Mediante la observancia de las mismas, se precisa el juez que ha de conocer del proceso y las instancias a que está sujeto y la forma como ha de determinarse o fijarse la cuantía para efectos de aquélla. Cierto es que para determinarla se tiene como base el factor económico o menor aún, el mayor o menor valor de las pretensiones demandadas, el "*quántum*" de las mismas, pero ello ha sido siempre un presupuesto indispensable en la regulación y ordenamiento del sistema dentro de la problemática jurídica. Además, si bien, el desequilibrio económico de la sociedad es una de las grandes preocupaciones del Estado, es una realidad tangible del diario acontecer que no puede desconocer el campo del derecho. Tales diferencias tienen que repercutir en la regulación de los distintos procesos. Es evidente que dentro de un rango de valores y de intereses dispares y de relatividad de las cosas, no puede desconocerse que algunas tengan un mayor valor que otras y una mayor trascendencia en las relaciones interpersonales. Igual sucede en el medio jurídico en donde es sabido que no siempre son iguales los intereses en pugna ni sus aplicaciones son las mismas, de ahí que la ley haya previsto algunos criterios de diferenciación objetivamente, que se justifican plenamente en la medida en que con ellos se persigue no solo un mejor ordenamiento sino la agilización de los procedimientos y una pronta justicia que la sociedad reclama. El principio de igualdad instituído en la Carta es objetivo, pero del mismo no puede predicársе un tratamiento igual en los casos concretos cuando estas se apoyan y tienen fundamento en supuestos diferentes. El criterio de diferenciación es razonable y se justifica plenamente: pese a que algunas formas de discriminación están prohibidas, otras son indispensables para hacer realidad el mismo ideal de justicia y desde esta perspectiva no podría quebrantarse el precepto superior. El acceso de la administración de justicia no sólo se cumple cuando el proceso tiene dos interpuesto sino que también se cristaliza y lleva a cabo plenamente en los juicios de única instancia cuando del asunto propuesto conoce el juez y no haya oportunidad de interponer la alzada. En cuanto a la violación del artículo 228 que predica el libelista y que consacira el "fundamentalismo de lo sustantivo sobre lo procesal", el quebranto no se confígura puesto que, no puede el juez dejar de observar las formas del proceso, que por lo demás, son de obligatorio cumplimiento, so pretexto de la prevalencia del derecho sustantivo, cuando la ley ha establecido requisitos mínimos para la admisión del recurso. El derecho procesal de naturaleza instrumental, señala las reglas que deben observar tanto juez como

las partes para el desarrollo del proceso y no pueden ignorarse ya que están eregidas en interés público. Con un ítem, pues no sobra recalcar que como los medios de impugnación son eminentemente procesales, su admisibilidad tiene características de especial, relevancia e están referidas a los requisitos necesarios para su procedencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente No. 8445 RECURSO DE QUEJA. Actor: GLORIA DEL ROSARIO NEIRA

Decide la Sala el recurso de queja propuesto por el apoderado de la parte actora a fin de que se revoque el proveído de 6 de mayo de 1993 que negó la reposición interpuesta y se conceda el recurso de apelación contra la sentencia del 28 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El Tribunal sostuvo que la cuantía del proceso se determina por el valor de lo que, en igualdad con las hermanas de la actora en la sustitución, "les corresponda a partir del 15 de diciembre de 1984, sin pasar de tres años, es decir hasta el 15 de diciembre de 1987, tal como lo establece el literal b), del Numeral 6 de los Arts. 131 y 132 del C.C.A." (fl. 63)

Agrega que, de conformidad con la certificación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el 50% de la sustitución pensional tuvo los valores que se indican y a la demandante le correspondería una cuota parte del 12.5% por cuanto son cuatro hijas beneficiarias y por tanto la cuantía estaría determinada como allí se especifica (fl. 63). De lo anterior deduce que, aún incluyendo el reajuste de la prima de actividad reclamado, la cuantía no alcanza la suma de $500.000 y en aplicación de lo dispuesto en el literal b) del numeral 6) del artículo 131 del C.C.A., en armonía con el Decreto 597 de 1988, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, el proceso es de UNICA INSTANCIA.

Al resolver el recurso de reposición interpuesto se reafirma en los planteamientos expuestos (fls. 54-55).

Por su parte el recurrente sostiene que son dos los aspectos a tratar en este asunto, el primero, la improcedencia del auto que mantiene el recurso que

niega la apelación y el segundo, la inconstitucionalidad «por el derecho del artículo 13 y 23 de la Constitución Nacional" (fl. 56).

En cuanto a lo primero señala que en la demanda se dijo en el punto 4.4 de los hechos que el monto reclamaba asciende a $143.278 y en el 4.5 que el proceso tiene dos instancias y como el auto admisorio lo aceptó así, "está precluida la oportunidad para rever la estimación de la cuantía a la fecha del fallo o a la fecha de la concesión del recurso" (fl. 56).

Con respecto al segundo sostiene que la Constitución de 1991 consagra como uno de los derechos fundamentales el acceso a la administración de justicia, artículo 229 y que, impedir los recursos "con el pretexto de la cuantía" es insostenible por su incompatibilidad con esta norma y con el artículo 31, en el sentido de que toda sentencia judicial puede ser apelada; con el 228 que consagra el "fundamentalismo de lo sustantivo sobre lo procesal" y por ello, es doble aplicar el artículo 40 de la Carta e inaplicar el 131 del C.C.A., literal b) numeral 6). Aduce también que se viola el debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la misma.

Igualmente sostiene que el artículo 13 de la Constitución instituye que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y además, la normatividad consagra la protección del Estado para aquéllas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y que, según el 14, toda persona tiene derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Negar el acceso a la administración de justicia con decisión inhibitoria se pugna al rigor de los derechos fundamentales y quedan abolidas las resoluciones denegatorias de los recursos de apelación porque salvo las excepciones que la ley no ha reglamentado, la apelación es también uno de los derechos fundamentales para acceder a la administración de justicia.

El artículo 13 hace parte de estos, en orden a la igualdad ante la ley y es inequitativo, injusto e incompatible con el mismo denegar el acceso a la justicia porque la cuota pensional que se reclama es inferior a $500.000. Nada más improcedente fijar para los efectos del recurso de apelación la cuantía para concederlo porque la desigualdad más prospera es la económica. El artículo en cita consagra que el Estado protegerá especialmente a aquéllas personas que por su condición económica se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y nada más aberrante que en virtud de un auto se desoiga a la Constitución en forma tan flagrante.

Transcribe un aparte de la sentencia de tutela que invoca para significar que prevalece el criterio objetivo, es decir, que la "formalidad de la cuantía no implica justificación razonable para negar el recurso de apelación si la cuantía

es de $499.000 , esto es, que se conduce a un proceso de única instancia solo porque es inferior a $500.000 como podría ser inferior a $300.000.oo o inferior a $800.000.oo, es decir que la fijación es simplemente una generalidad que no es razonablemente justificada ni jurídicamente concebida,..." y ahí está la injusticia y la razón para que no se aplique la norma anteriormente citada. (fls. 58-59)

Finalmente señala que es procedente conforme al artículo 129 del C.C.A.

SE CONSIDERA:

En primer lugar, no comparte la Sala el planeamiento del apoderado en el sentido de que, si en la demanda se dijo que el proceso es de dos instancias y se admite en tales condiciones, está precluida la oportunidad para "rever" tal aspecto ya que al contrario, la ocasión para examinar con detenimiento el punto es justamente cuando se interpone el recurso.

Sobre el particular establece el artículo 358 del C.P.C., inciso tercero, aplicable al asunto en estudio, que tratándose del recurso de apelación, si no se cumplen los requisitos para su concesión "este será declarado inadmisible y se devolverá el expediente al inferior; si fueren varios los recursos, sólo se tramitarán los que reúnen los requisitos mencionados".

Como es sabido son varios los requisitos necesarios e indispensables que la ley ha previsto para que se conceda luego se admita el recurso en referencia.

El artículo 181 del C.C.A. dispone que son aplicables las sentencias de primera instancia proferidas por los Tribunales Administrativos y en relación con este asunto y a fin de determinar la competencia del juez en los distintos casos, existe toda una reglamentación al efecto en los artículos 131 y 132 del estatuto y conviene puntualizar que aquélla es siempre reglada; no está al arbitrio de la interesada. No se determina la competencia del proceso o las instancias por la simple manifestación de que la cuantía asciende a una suma señalada para tal efecto o que del mismo conoce el juez en única o primera instancia porque tales presupuestos deben deducirse en forma razonada con fundamento en las pretensiones y del mismo contexto del libelo.

El artículo 137 del C.C.A. expresamente señala esta exigencia, cuando entre los requisitos que debe contener la demanda figura éste.

En el asunto en estudio solicita la parte actora el pago de la cuota pensional correspondiente a la pensión sustitutivo del padre "desde el 15 de diciembre de 1984, en igualdad con LUCILA y MAGDA CECILIA NEIRA BERNAL, sus

hermana (sic), dentro del 50% que les corresponde, siendo la otra mitad la cuota de la cónyuge sobreviviente" y además, que se pague el reajuste de la prima de actividad desde la fecha que se indica, con declaración parcial de nulidad de los correspondientes actos (fls. 9).

En el hecho 4.5 se manifiesta que está agotada la via gubernativa y que el proceso es de dos instancias (Decreto 597 de 1988). Pero lo anterior no resulta ajustado a la normatividad que se indica ni a la que regula tal aspecto por cuanto, el proceso es de unica instancia como bien dijo el *a-quo*.

En efecto, para la fecha de presentación de la demanda el 5 de octubre de 1988 (fl. 13), estaba vigente el decreto 597/88 por el cual se habla ordenado el reajuste de las cuantías para efectos de la competencia, cada dos años en un 40% y en tales condiciones, eran de conocimiento de los Tribunales Administrativos en única instancia, aquéllos procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, como es el caso del *sub-lite*, cuando la cuantía de la acción no excediera de $500.000, determinada en la forma que dispone el artículo 131 de la codificación, ordinal 6), literal b), esto es, cuando se reclaman prestaciones de tal naturaleza, por lo que se pretenda, según la demanda, "desde cuando se causaron hasta la presentación de la misma, sin pasar de tres (3) años".

Obran al expediente algunas certificaciones allegadas que informan sobre el monto y los diferentes incrementos de la asignación de retiro del Sargento Primero (r) Carlos Eduardo Neira Mártinez, a partir del mes de diciembre de 1984 (fl. 74), época desde la cual se reclama la prestación, así como las beneficiarias de la misma; también las correspondientes cuotas y valores en los años que se indican, como aparece a folios 37-52. De lo anterior se deduce, asi como de los otros presupuestos señalados, que el valor de la pretensión, no excede la cantidad de $500.000 para que el proceso tenga dos instancias si se tiene en cuenta, debe recalcarse, que la prestación se reclama desde el 15 de diciembre de 1984 y para la determinación respectiva, no puede pasar de tres años con base a los valores reconocidos a partir de esa fecha.

Cabe agregar para mayor claridad al respecto que según se observasen la Resolución No. 0813 de 1985 del 11 de julio, se reconoce para la viuda un 50% y para las hijas Lucila, Magda Cecilia y Carmen Omaira el otro 50% en cuotas del 16.66% lo que implicaría que con la reclamante, el porcentaje fuera inferior a este ultimo citado.

Ahora bien, dilucidado lo anterior conviene puntualizar que las regulaciones y normas citadas se encuentran vigentes y hasta tanto no haya un

pronunciamiento que las invalide o las haga inaplicables habrá que sujetarse a ellas.

La competencia ha sido y es reglada, de ahí las normas que regulan ésta. Mediante la observancia de las mismas se precisa el juez que ha de conocer del proceso y las instancias a que está sujeto y la forma como ha de determinarse o fijarse la cuantía para efectos de aquélla.

Cierto es que para determinarla se tiene como base el factor económico o mejor aun, el mayor o menor valor de las pretensiones demandadas, el "quántum" de las mismas, pero ello ha sido siempre un presupuesto indispensable en la regulación y ordenamiento del sistema dentro de la pragmática jurídica. Además, si bien, el desequilibrio económico de la sociedad es una de las grandes preocupaciones del Estado, es una realidad tangible del diario acontecer que no puede desconocer el campo del derecho. Tales diferencias tienen que repercutir en la regulación de los distintos procesos.

Como dijo la sala en anterior pronunciamiento es evidente que dentro de un rango de valores y de intereses dispares y de relatividad de las cosas, no puede desconocerse que algunas tengan un mayor valor que otras y una mayor trascendencia en las relaciones interpersonales. Igual sucede en el medio jurídico en donde es sabido que no siempre son iguales los intereses en pugna ni sus implicaciones son las mismas de hay la ley haya previsto algunos criterios de diferenciacion objetivamente, que se justifican plenamente en la medida en que con ellos se persiguen no solo un mejor ordenamiento sino la agilizacion de los procedimientos y una pronta justicia que la sociedad reclama.

El principio de la igualdad instituido en la carta es objetivo, pero del mismo no puede predicarse un tratamiento igual en los casos concretos cuando se apoyan y tienen fundamento en supuestos diferentes. El criterio de diferenciación es razonable y se justifica plenamente; pese a que algunas formas de discriminación están prohibidas otras sin indispensables para hacer realidad el mismo ideal de justicia y de esa perspectiva no podía levantarse el precepto superior.

Dijo las corte constitucional respecto del artículo 13 de la constitución en este aparte: sin embargo el artículo 13 de la constitución no precribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible aun a situaciones distintas-entre ellas rasgos o circunstancias personales diferentes consecuencias jurídicas. El derecho, es al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación, opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (Derechos, obligaciones, competencias sanciones, etc). Pero los criterios relevantes para

establecer distinciones, no son diferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo". (-Gaceta Constitucional- 1992, Tomo 2, pag. 407).

No es admisible de otro lado, la afirmación del recurrente en cuanto hace relación con el artículo 229 de la Constitución que consagra el acceso a la administración de justicia "para toda persona", en el sentido de que "impedir los recursos con el pretexto de la cuantía es una decisión insostenible porque es incompatible con esta disposición". Para la Sala, el acceso a la administración de justicia no sólo se cumple cuando el proceso tiene dos instancias y en caso dado el superior conoce del recurso interpuesto sino que también se cristaliza y lleva a cabo plenamente en los juicios de única instancia cuando del asunto propuesto conoce el juez y no hay oportunidad de interponer la alzada.

Es innegable que en estos se cumplen los principios del texto porque hay acceso a la autoridad para que resuelva el conflicto y es prueba de ello el asunto en examen, en el cual, el *a-quo* definió el propuesto. Además, las garantías procesales, el respeto al debido proceso y el derecho de defensa tienen cabal observancia, sólo que, habida cuenta de ciertos presupuestos la ley no ha dispuesto la apelación en estos casos. Si esto es así, tampoco se vulnera el principio contenido en el artículo 29 que hace relación al debido proceso porque tal decisión no es posible de aquélla; existen reglas que impiden ejercerla pero ello no es contrario al ordenamiento.

Sostener de otro lado que la negativa a conceder los recursos "con pretexto de la cuantía", es una decisión insostenible porque contraria el artículo 31 *ibídem,* es afirmación que carece de sustento porque la misma norma trae el principio general según el cual "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". Lo anterior está indicando que habrá algunas que no están incluidas dentro del marco general de referencia en cuanto no se dan las condiciones exigidas para ello; y respecto de las excepciones de que trata el precepto, las consagra el C.C.A., puesto que en relación con el presente asunto es aplicable el artículo 131, ordinal 6), literal b) en armonía con el decreto. Podrá una ley en un futuro, regular aquéllas en distintas condiciones desechando algunas y precribiendo otras pero la realidad en este momento es la contenida en las anteriores disposiciones.

Y, en cuanto a la violación del artículo 228 que predica el libelista y que consagra el "fundamentalismo de lo sustantivo sobre lo procesal", el quebranto no se configura puesto que, no puede el juez dejar de observar las formas del proceso, que por lo demás, son de obligatorio cumplimiento, so pretexto de la prevalencia del derecho sustantivo, cuando la ley ha establecido requisitos

mínimos para la admisión del recurso. El derecho procesal de naturaleza instrumental, señala las regias que deben observar, tanto el juez como las partes para el desarrollo del proceso y no pueden ignorarse ya que están erigidas en interés público. Con un ítem, pues no sobra recalcar que como los medíos de impugnación son eminentemente procesales, su admisibilidad tiene características de especial relevancia que están referidas a los requisitos necesarios para su procedencia.

Dado que la incompatibilidad entre la Constitución y la ley debe consistir en una diferencia esencial o una desarmonia que no hace posible la aplicación de ésta y dicha situación no se observa o configura en el presente caso, no será viable aplicar el artículo 40 que invoca el recurrente.

Dados estos presupuestos, tuvo razón el *a-quo* para negar el recurso.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Estímase bien denegado el recurso de apelación contra la sentencia del veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de Origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala el dia veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente, *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RETIRO POR DERECHO A PENSION / INSUBSISTENCIA / PENSION DE JUBILACION - Trámite / ESTABILIDAD / REINTEGRO - Improcedencia

Aunque el Contralor General podía remover al funcionario, en la medida en que éste había comunicado desde tiempo atrás que había completado los requisitos para pensionarse, la efectividad de la desvinculación no podía producirse sino transcurridos los doce (12) meses de que trata el artículo 11 del decreto 929 de 1976, en concordancia con los artículos 133 y 134 del decreto 937 del mismo año. 0 sea, que el demandante estaba amparado por una estabilidad relativa en virtud de la cual tenía derecho a permanecer en su cargo por ese lapso, mientras tramitaba su pensión. No es razonable la tesis esbozada en la demanda, según la cual el restablecimiento del derecho implica el reintegro del actor, porque no se atacó la presunción de legalidad del acto cuestionado en el sentido de afirmar que estuviese inspirado por razones distintas de las propias del buen servicio; por tanto, debe entenderse que fue guiado por esas metas. Otra cosa es la de que no podía entrar a regir sino doce (12) meses después, de conformidad con las disposiciones atrás analizadas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 3968. -Autoridades Nacionales. -Actor: ARTURO SANCHEZ HERNANDEZ.

SECCION SEGUNDA

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 5 de agosto de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para inhibirse de fallar en el fondo la demanda incoada por Alirio Sánchez Hernández.

La demanda, presentada el 9 de marzo de 1983, ataca la parte pertinente de la resolución No. 06021 del 24 de noviembre de 1975 y la No. 07907 del 28 de octubre de 1982, emanadas de la Contraloría General de la República, que declararon la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Auditor General VI ante la Superintendencia Bancaria, División de Auditorías del Sector Finanzas Públicas (Fl.26), y su nombramiento como Técnico en Auditoría Financiera, nivel técnico, grado 10, de la Sección de Auditoría Financiera, División de Auditoría Financiera Internacional y de Proyectos de Desarrollo (Fl. 13). Fundó sus discrepancias en que le fue aplicada indebida y encubiertamente una sanción de destitución a través de la declaración de insubsistencia, y que fue retirado del servicio antes del reconocimiento de su pensión de jubilación.

Luego del curso de la instancia la entidad demandada adujo en su alegato (Fl. 73) caducidad respecto de la primera resolución, y en relación con la segunda, el hecho de no haber cumplido el empleado con su obligación de enterar a la entidad la circunstancia de tener los requisitos para jubilarse, por lo cual ante la falta de esa información procedió a ejercer la libertad de remoción como es legítimo respecto de los empleados públicos no pertenecientes a un sistema de carrera. La Fiscalía ante el Tribunal (Fl. 83) pidió denegar las pretensiones de la demanda atendiendo esos mismos argumentos.

Para el actor, el asunto de la caducidad quedó definido desde el auto del 6 de diciembre de 1983 (Fl. 38) cuando se desató el recurso contra el auto inadmisorio de la demanda, y remata insistiendo en las razones de su libelo.

El *a-quo* se inhibió por la caducidad de la acción (Fl. 100). Al sustentar la apelación el actor recaba que en su opinión debe computarse desde el 9 de noviembre de 1982, con lo cual la demanda estaría presentada en tiempo, sin desatender los argumentos que pretende derivar la providencia admisoria de la demanda, pero para el Fiscal en esta instancia el asunto debe decidirse confirmando la sentencia inhibitoria respecto de la Resolución de 1975, por cuanto es innegable que se produjo la caducidad de la acción para el momento de la presentación de la demanda y en cuanto al segundo de los actos demandados, el de 1982, debe denegarse por cuanto el actor no cumplió con la obligación legal de informar sobre la satisfacción de los requisitos para pensionarse y por ello la administración no vulneró derecho alguno cuando declaró la insubsistencia.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En lo que hace con el primero de los actos acusados, o sea, la Resolución No. 06021 del 24 de noviembre de 1975, le asistió razón al *a-quo* para inhibirse de fallar en el fondo del asunto, pues cuando se presentó la demanda habían transcurrido mas de siete (7) años de su expedición y también, de su ejecución.

Sin embargo, no acontece lo mismo con la Resolución No. 07907 del 28 de octubre de 1982, porque aunque la demandada afirma que le fue comunicada al actor el día 5 de noviembre de 1992, es lo cierto que en el expediente no obra ninguna comprobación de ello; en cambio, sí consta que el demandante prestó sus servicios hasta el día 9 de noviembre de 1992 (Fl. 6), por manera que era a partir de esta fecha cuando comenzaba a contar el término de caducidad de la acción; y como la demanda fue incoada el 9 de marzo de 1983, es incuestionable que estaba en tiempo. De otro lado, ese punto ya había sido decidido por esta Sala, que conoció inicialmente del proceso, mediante auto del 6 de diciembre de 1983 (Fls. 38-40).

Así las cosas, deberá revocarse la decisión inhibitoria en lo que hace con el segundo de los actos demandados, para entrar en su lugar a decidir en el fondo.

Al folio 187 de la hoja de vida del actor (Cuad. No. 2), reposa fotocopia autenticada de la carta que éste le dirigió el 11 de septiembre de 1979 al entonces Contralor, Dr. Aníbal Martínez Zuleta, informándole que había cumplido los requisitos necesarios para disfrutar de su pensión de jubilación, y pidiéndole la oportunidad de desempeñar un cargo de superior jerarquía para mejorar el monto de dicha prestación social. Si bien esta solicitud no fue atendida, lo cierto es que el señor Contralor General tampoco removió al señor Sánchez Hernández, sino que éste continuó al servicio de la institución; y el 16 de septiembre de 1982 le cursó un nuevo oficio a su superior, ahora el doctor Rodolfo González García-, reiterando su aspiración de ser designado en un cargo de mejor nivel y con la aclaración de que hasta 1978 se había desempeñado como Auditor General, cargo del cual fue removido de manera irregular, y posteriormente, cuando se enmendó esta injusticia se le incorporó en otro de inferior categoría. El día 13 de octubre de 1982 se le contestó a través del Secretario General (Fl. 216, Cuad. No. 2), para "manifestarle que ha sido negada su solicitud." El demandante presentó una nueva petición, con fecha 18 de octubre de 1982, entregada en la Contraloría General el 25. (Fl. 218, Cuaderno No. 2). Y casi inmediatamente, -el 28 de octubre de 1982-, fue declarado insubsistente. No sobra señalar, además,

que el actor pidió la revocatoria directa de ese acto con fundamento en que el artículo 11 del Decreto No. 929 del 11 de mayo de 1976 no permitía su remoción, por tener los requisitos pensionables, dentro de los doce (12) meses siguientes. Esta nueva comunicación no le fue respondida.

El ordenamiento en cuestión determina lo siguiente:

> "Ninguno de los funcionarios a que se refiere este Decreto, que por razones de edad y tiempo de servicio o vejez o invalidez, desee retirarse o deba ser retirado del servicio, será reemplazado mientras la entidad correspondiente de previsión social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifieste estar en condiciones de pagarle, especialmente la pensión, de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión, pero la permanencia en el cargo no podrá pasar de doce meses después de ocurrida la causal."

Es indispensable traer a colación también los artículos 133 y 134 del Decreto 937 de 1976, que rezan:

> "ARTICULO 133.- El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la ley de seguridad social y sus reglamentos."

> "ARTICULO 134.- El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta."

> "El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada. Pero no se hará efectivo hasta que se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme." (Se subraya).

Esto significa que aunque el Contralor General podía remover al funcionario, en la medida en que éste había comunicado desde tiempo atrás que había completado los requisitos para pensionarse, la efectividad de la desvinculación no podía producirse sino transcurridos los doce (12) meses de que trata el artículo 11 del decreto 929 de 1976, en concordancia con los artículos 133 y 134 del decreto 937 del mismo año. O sea, que el demandante estaba amparado por una estabilidad relativa en virtud de la cual tenía derecho a permanecer en su cargo por ese lapso, mientras tramitaba su pensión.

No es razonable la tesis esbozada en la demanda, según la cual el restablecimiento del derecho implica el reintegro del actor, porque no se atacó la presunción de legalidad del acto cuestionado en el sentido de afirmar que estuviese inspirado por razones distintas de las propias del buen servicio; por tanto, debe entenderse que fue guiado por esas metas. Otra cosa es la de que no podía entrar a regir sino doce (12) meses después, de conformidad con las disposiciones atrás analizadas.

Así las cosas, se accederá a los pedimentos del libelo, pero sólo de manera parcial, para disponer que se le paguen al señor Arturo Sánchez Hernández los salarios y prestaciones, -con los reajustes a que haya lugar-, por el período comprendido entre el 10 de noviembre de 1982 y el 9 de noviembre de 1983.

Aunque el Consejero Ponente no comparte la tesis del resto de integrantes de la Sala en cuanto a que en el caso de que prosperen las pretensiones económicas en las acciones de restablecimiento del derecho debe ordenarse que al momento de cumplirse la sentencia se descuenten las sumas que el demandante haya recibido de otras entidades oficiales durante el mismo lapso, por concepto de servicios de carácter laboral, en cuanto considera que esas cantidades constituyen una indemnización por la ilegalidad del acto que se anula y no una segunda asignación en el sentido que se plasma en los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991, se incluirá esa orden en la parte resolutiva, sin que haya lugar a salvamento de voto y únicamente con esta aclaración, por respeto a esa mayoría y en la medida en que su pensamiento coincide en los demás aspectos sustanciales, con el de aquéllos.

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 proferida el 5 de agosto de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, dentro del proceso que cursó radicado bajo el No. 849947, mediante la cual se declaró inhibido para pronunciarse respecto de la nulidad de la Resolución No. 07907 del 28 de octubre de 1982, emanada de la Contraloría General de la República, por caducidad de la acción; y confírmase en cuanto hizo dicho pronunciamiento respecto de la Resolución No. 06021 del 24 de noviembre de 1975.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, declarase la nulidad parcial de la Resolución No. 07907 del 28 de octubre de 1982, de la Contraloría General de la República, por la cual se declaró insubsistente al señor Arturo Sánchez

Hernández en el cargo de Técnico en Auditoría Financiera, Nivel Técnico, Grado 10, de la Sección de Auditoría Financiera, División de Auditoría Financiera Internacional y de Proyectos de Desarrollo: en cuanto no le concedió los doce (12) meses de plazo que tenía para tramitar su pensión; por tanto, ordénase a la Nación (Contraloría General de la República), pagarle los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos a que tenga derecho por el período comprendido entre el día 10 de noviembre de 1982 y el 9 de noviembre, de 1983, con los reajustes a que haya lugar por ese lapso.

Tercero.- Declárase que no hay solución de continuidad, para efectos prestacionales, en los servicios prestados por el señor Arturo Sánchez Hernández a la Nación (Contraloría General de la República), por razón del lapso que medie entre el 10 de noviembre de 1982 y el 9 de noviembre de 1983.

Cuarto.- La Nación (Contraloría General de la República) descontará las sumas que por iguales conceptos haya recibido el demandante durante el período al que se refiere el Ordinal Tercero de esta providencia, y que sean incompatibles con estas condenas, al tenor de lo previsto en los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y 128 de la de 1991.

Quinto.- La Nación (Contraloría General de la República) dará cumplimiento a esta sentencia en los términos contemplados en los artículos 177 y 178 del C. C. A.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO - Estabilidad / ESCALAFON DOCENTE / FALSA MOTIVACION

El Decreto 80 de 1980 (Por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-Secundaria), dispuso en su artículo 109, en relación con el derecho de los docentes de tiempo completo y tiempo parcial escalafonados a permanecer en el cargo que: "La Calidad de Profesor Asociado otorga estabilidad por períodos sucesivos de cuatro años calendario". Como la demandante demostró estar amparada por esta garantía de estabilidad es evidente que el acto acusado adolece de falsa motivación y está afectado por abuso o desviación de poder.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 5283. -AUTORIDADES NACIONALES.- Actora: GRACIELA FONTALVO HERRERA.-

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 8 de junio de 1990, mediante la cual accedió a las peticiones de la demanda instaurada por la señora Graciela Fontalvo Herrera contra la Universidad de Cartagena.

SECCION SEGUNDA

LA DEMANDA:

En el libelo correspondiente (Fls. 2-7), pidió la actora que se declarara la nulidad de la Resolución No. 02 del 14 de enero de 1983, dictada por la Rectoría de la Universidad de Cartagena, en cuanto la desvinculó irregularmente del servicio, y como consecuencia de ello, que se la reintegre a su empleo con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir entre las fechas de su retiro y la del reintegro, como también la declaración de que no hay solución de continuidad por virtud de ese lapso.

Los hechos en que se fundamentan estas pretensiones consisten en que la demandante venía desempeñándose como Profesora Asociada de tiempo completo por más de once (11) años, con un rendimiento académico satisfactorio y un excelente comportamiento y cooperación en todas sus actividades, por manera que incluso fue distinguida con el cargo de Decana de la Facultad de Trabajo Social. El rector del establecimiento universitario expidió el acto de remoción, sustentándolo en la circunstancia de que la actora tenía más de veinte (20) años de servicios y cincuenta de edad, por lo cual ordenó que la Caja de Previsión le reconociera su pensión jubilatoria, previo el cumplimiento de algunos requisitos.

La señora Fontalvo Herrera interpuso los recursos de reposición y apelación contra el acto acusado, los que no fueron resueltos por la Universidad de Cartagena.- En el escrito respectivo (Fls. 10-12), la recurrente adujo que en su calidad de docente tenía derecho a no ser retirada mientras no llegara a la edad de retiro forzoso; dio igual manera, que su remoción no obedecía a necesidades del servicio, sino que era la culminación de una larga serie de actos vejatorios en su contra; y finalmente, que las hipótesis contempladas en un Acuerdo del Consejo Superior, que al parecer le sirvió de apoyo a la Rectoría, no le eran aplicables.

POSICION DE LA DEMANDADA:

La Universidad de Cartagena designó apoderado judicial, y por su conducto contestó la demanda, propuso excepciones y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

LA SENTENCIA APELADA:

El *a-quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y accedió a los pedimentos de la actora :(FIs. 218-232) . Para resolver favorablemente el Tribunal se apoyó en que el acto de remoción estaba

afincado en el Acuerdo No. 21 de 1981, del Consejo Superior de la Universidad, mediante el cual se ordenó remitir una Circular, lo cual se hizo el 3 de febrero de 1982-, "suscrita por el Jefe de Personal, dirigida a los empleados de esa entidad que reunieran los requisitos de edad y tiempo de servicio para tener derecho a la jubilación, haciéndoles saber que tenían un término de seis (6) meses para obtener su pensión." (Fl. 229).

Ocurrió, sin embargo, que para la fecha en que se remitió la circular la demandante no reunía los requisitos para pensionarse, y posteriormente, se le aplicó lo dispuesto en dicho acuerdo, con violación de lo dispuesto en el mismo.

EL RECURSO:

En el memorial de sustentación del recurso (Fls. 259-270), la parte demandada insistió en las excepciones propuestas y planteó que la actora tenía la calidad de empleada de libre nombramiento y remoción al momento de ser desvinculado, por lo cual el acto acusado se ajustó a derecho.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscal Quinto de la Corporación conceptuó favorablemente a la confirmación del fallo impugnado (Fls. 274-279), porque en su sentir el acto acusado adolece de falsa motivación.

Se deja constancia de que la ponencia presentada por el Consejero doctor Alvaro Lecompte Luna fue negada por la Sala y en consecuencia, el expediente pasó al despacho del Consejero que le seguía en turno, para los fines consiguientes.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es incuestionable que el motivo por el cual la Universidad de Cartagena retiró del servicio a la demandante fue el de tener derecho a la pensión de jubilación.

La actora trabajó al servicio de la entidad demandada, "como Profesora Asociada con dedicación de tiempo completo en la Facultad de Trabajo Social" (Fl. 9); para el 30 de noviembre de 1982, fecha en la que fue expedida la constancia respectiva, llevaba más de diez (10) años en la Universidad de Cartagena, como que había ingresado a la institución el 6 de julio de 1972.

SECCION SEGUNDA

La Circular calendada el 3 de febrero de 1982 (Fl. 110)dice, entre otras cosas, lo que a continuación se transcribe:

> "El legislador colombiano consciente del esfuerzo y desgaste que representa, para el organismo del hombre, alcanzar las dos (2) condiciones requeridas para hacerse acreedor a la Pensión de Jubilación dispuso, en el artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 aplicable por mandato del Decreto 20 de 1980 a los empleados de las Universidades, que: "El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta". (Subrayado en el texto).
>
> "El Honorable Consejo Superior de la Universidad, en cumplimiento de tales directrices legales y estatutarias, ha autorizado al Señor Rector para que, previa Comprobación de la existencia de las condiciones de tiempo e servicio y edad, haga saber a quienes tales condiciones llenen que deben ceder a obtener su Pensión de Jubilación, dentro de los seis (6) meses siguientes ... ". (Se subraya).

Para la fecha de dicha circular la demandante no reunía los requisitos mencionados, por cuanto aún no había cumplido la edad reglamentaria para jubilarse.

El Acuerdo No. 21 del 23 de diciembre de 1981, que le sirvió de sustento, dice en su artículo 1o. lo siguiente:

> "Autorízase al señor Rector de la Universidad de Cartagena, para que comunique directa y personalmente a todos y cada uno de los empleados públicos y trabajadores oficiales de la institución que reunieren las condiciones legales para tener derecho a una pensión de jubilación o de vejez, les notifique que a partir de la fecha de la comunicación tendrán un plazo de seis (6) meses para que gestionen y tramiten su pensión de jubilación o de vejez, y en caso que no lo hicieren dentro de éste término cesarán en sus funciones y serán retirados del servicio."
>
> "Si el reconocimiento se efectuare dentro del termino (sic) antes indicado se decretará el retiro y el empleo público o trabajador oficial cesará en sus funciones."

Empero, debe tenerse en cuenta que el Decreto 80 de 1980 (Por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-Secundaria), dispuso en su artículo

109, en relación con el derecho de los docentes de tiempo completo y tiempo parcial escalafonados a permanecer en el cargo, que:

> "La Calidad de Profesor Asociado otorga estabilidad por períodos sucesivos de cuatro años calendario." (Se subraya).

Como la demandante demostró estar amparada por esta garantía de estabilidad es evidente que el acto acusado adolece de falsa motivación y está afectado por abuso o desviación de poder, por manera que habrá de confirmarse la sentencia del *a-quo* en cuanto declaró su nulidad, pero modificándola en el sentido de que se le deberán pagar los sueldos, primas y prestaciones sociales, junto con sus reajustes legales, dejados de percibir entre la fecha de su desvinculación y el 22 de enero de 1984, fecha en la cual terminaba el período de cuatro (4) años a que tenía vocación de permanencia como Profesora Asociada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 del Decretó No. 80 de 1980, si se toma en consideración que este ordenamiento entró a regir a partir del 22 de enero de 1980.

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 haya recibido el demandarse del Tesoro Pública por servicios laborales a otras entidades oficiales en el lapso al cual se refieren las mismas, porque considera que aquéllas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que genera la ilegalidad en que incurrió la administración y no el de una segunda asignación en los términos de los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991, por respeta a esa mayoría la incluír en la parte resolutiva sin salvar su voto sobre el particular, por cuanto en los demás aspectos su pensamiento coincide plenamente con el de los demás Magistrados de la Sección.

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.- Confírmanse los ordinales 1o., 2o. y 4o. de la sentencia proferida el 8 de junio de 1990 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el juicio adelantado por Graciela Fontalvo Herrera contra la Resolución No. 002 del 14 de enero de 1983, expedida por el Rector de la Universidad de Cartagena.

SECCION SEGUNDA

Segundo.- Modifícase el ordinal 3o., el cual quedará así:

"Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la Universidad de Cartagena le pagará a Graciela Fontalvo Herrera los sueldos, primas y prestaciones sociales, con los reajustes a que haya lugar, dejados de percibir desde la fecha de su retiro y hasta el 22 de enero de 1984, período durante el cual se entenderá que no hubo solución de continuidad en la prestación de sus servicios a la misma."

Tercero. - La Universidad de Cartagena descontará las sumas que la demandante haya recibido de otras entidades oficiales durante ese mismo período, por los mismos conceptos, en cuanto sean incompatibles con dichas condenas, al tenor de lo dispuesto en los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991.

Cuarto.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fué discutido y aprobada por la Sala en su reunión del día dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna* (salva voto), *Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Requisitos / DEMANDA - Improcedencia / FUNDAMENTO DE DERECHO (Salvamento de Voto)

Siendo la demanda el acto inicial que pone en marcha un proceso, debe ella, especialmente en las acciones contenciosas en jurisdicción rogada, ajustarse estrictamente a los requisitos formales de que trata el art. 137 del C.C.A, como presupuesto básico para la prosperidad de la pretensión. Por otra parte, es facultad y también deber del juez interpretar el libelo demandantorio, permitiéndose que a través de esa facultad, se puedan subsanar algunos defectos cometidos por falta de técnica jurídica en la redacción de la demanda, siempre que pueda extraerse de su simple lectura, aquellos requisitos que, no obstante ser omitidos, puedan darse por satisfechos sin violentar las normas generales del proceso en sí considerado. Dispone además el juez, en su oportunidad, de la prerrogativa de devolver la demanda para su corrección. Pero ese deber de interpretar la demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa- que es de naturaleza rogada -no puede conducir a obviar requisitos formales de la demanda de tal trascendencia, que lleven a la culminación del proceso en forma irregular, al subsanar vicios que afecten la viabilidad de la acción. Si bien el fallo inhibitorio no constituye ideal ni regla de oro del juzgador ni es la razón de ser del servicio público de la justicia, no puede el fallador en aras de su defensa, pasar por alto sobre precisas definiciones procesales.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD (Salvamento de Voto)

Las acciones de índole administrativa que promuevan contenciones ante esta jurisdicción especial, deben interponerse dentro de los

plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectivo el reconocimiento de los derechos vulnerados a un particular, por un determinado acto, hecho u omisión. Y debe ser reconocida y declarada por el juez, cualquiera de las etapas del proceso, pues opera *ipso iure*. Los plazos son de cumplimiento riguroso y su inobservancia trae como consecuencia la caducidad de la acción. Notificada la resolución proferida por el rector de la Universidad el día 19 de enero del mismo año, el término para acudir a la jurisdicción vencía en la misma fecha del mes de mayo y, por tanto, presentada la demanda el 24 de mayo, debe concluirse que la acción fue interpuesta por fuera del plazo legal, configurándose el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO LECOMPTE LUNA EN EL PROVEIDO CALENDADO A TRECE (13) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993) APROBADO POR LA SALA EN SESION DEL DIA DOS (2) DE LOS MISMOS MES Y AÑO — EXPEDIENTE No. 5283 — AUTORIDADES NACIONALES — Actora: GRACIELA FONTALVO HERRERA.

Fue el suscrito el ponente en el proyecto de fallo que la distinguida mayoría de la Sala denegó. Sirvan hoy las consideraciones formuladas para esa oportunidad como salvamento de voto que, con todo respeto, sirvió de cordial disentimiento cuando fue acogida dicha providencia, así:

1.- Cree el suscrito conveniente, en primer término, efectuar algunas precisiones sobre el requisito procesal de la demanda en forma, en virtud de la insistencia de la entidad apelante, sobre la procedencia de las excepciones propuestas desde la presentación misma del libelo y que no fueron atendidas por el Tribunal *a-quo*. Porque siendo la demanda el acto inicial que pone en marcha un proceso, debe ella, especialmente en las acciones contenciosas en jurisdicción rogada, ajustarse estrictamente a los requisitos formales de que trata el art. 137 del C.C.A., como presupuesto básico para la prosperidad de la pretensión. Por otra parte, es facultad y también deber del juez interpretar el libelo demandatorio, permitiéndose que a través de esa facultad, se puedan subsanar algunos defectos cometidos por falta de técnica jurídica en la redacción de la demanda, siempre que pueda extraerse de su simple lectura, aquellos requisitos que, no obstante ser omitidos, puedan darse por satisfechos sin violentar las normas generales del proceso en sí considerado. Dispone además el juez, en su oportunidad, de la prerrogativa de devolver la demanda para su corrección.

2.- Pero ese **deber** de interpretar la demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa -que es de naturaleza rogada- no puede conducir a

obviar requisitos formales de la demanda de tal trascendencia, que lleven a la culminación del proceso en forma irregular, al subsanar vicios que afectan la viabilidad de la acción. Si bien el fallo inhibitorio no constituye ideal ni regla de oro del juzgador ni es la razón de ser del servicio público de la justicia, no puede el fallador, en aras de su defensa, pasar por alto sobre precisas definiciones procesales.

3.- Ahora bien: en el *sub-lite* se observa que en la demanda no se cumplió con el requisito de designar a la parte demandada y su representante en este caso la Universidad de Cartagena y su rector, respectivamente, pero el Tribunal de primera instancia, al admitir la demanda, ordenó la notificación al aludido rector de la Universidad (fol. 19), entendiendo cuál era la entidad demandada y quién era su representante y ellos a su vez, comparecieron pidiendo pruebas y contestando la demanda, por cuanto la entidad correspondiente tuvo todas las oportunidades procesales para ejercitar ampliamente su derecho de defensa.

4.- Sin embargo, no puede aplicarse el mismo criterio interpretativo respecto a la cita de las normas violadas y el concepto de la violación. La naturaleza rogada de la jurisdicción contencioso-administrativa, indica que en esta clase de acciones, en las que se busca demostrar que cuando la administración profirió el acto acusado, incurrió en violación de las precisas normas legales citadas en la demanda, no puede el juez entrar a resolver de fondo, con base en normas que no han sido sometidas a su análisis y, fundamentalmente, no pueden tenerse como punto de comparación para configurar la violación, disposiciones que no hayan sido expresamente citadas en el libelo.

5.- En el presente caso, la accionante apoyó su pretensión en la cita de normas que regulan aspectos laborales para los docentes del orden nacional y, por no estar ella bajo estos parámetros, no ha debido analizarse la legalidad del acto acusado, bajo estas perspectivas legales, en opinión del suscrito. Como lo anotó el Tribunal en su decisión "... las normas no aplicables (al caso) no pueden ser violadas por el acto acusado". No obstante, como también incluye en este capítulo los acuerdos Nos. 21 de 1981 y 75 de 1968, ambos expedidos por el Consejo Directivo de la Universidad de Cartagena, la confrontación para establecer la legalidad del acto sólo podría efectuarse contra los dos acuerdos mencionados.

6.- En cuanto hace a la excepción por caducidad de la acción, afirma la entidad apelante -la Universidad de Cartagena-, que al tenor del "Estatuto Docente" que se encontraba vigente al momento de surtirse la actuación, el cual era diferente al arrimado al proceso, la licencia de Fontalvo Herrera, en el momento de la notificación de la Resolución No. 002 de 14 de enero de 1983,

era una empleada de libre nombramiento y remoción y, por ende, dicho acto administrativo no era susceptible de recursos en la vía gubernativa. Al comparar la fecha de la resolución acusada con la fecha de la presentación de la demanda, el término para la interposición de la acción estaría caducado.

7.- Al analizar cuál era el régimen aplicable a la demandante, cuando se produjo su desvinculación por pensión de jubilación, el suscrito encontró que no lo era el acuerdo 19 de 26 de julio de 1982, proferido por el Consejo Superior de la Universidad, que cuando adoptó el régimen del personal docente de la institución, consagró en su art. 37 que los "profesores asociados", a los cuales pertenecía la actora, que se hallaren vinculados al escalafón docente, tendrían una estabilidad en sus cargos de cuatro años, por cuanto según anotación del secretario general al pie de página de su último folio, éste fue aprobado por decreto 700 de 8 de marzo de 1985 de la Presidencia de la República, fecha a partir de la cual empezó a regir. No era esta entonces, contrariamente a lo afirmado en la vista fiscal, la reglamentación vigente al momento de surtirse la actuación.

Regían sí los artículos 37 y 38 del acuerdo 48 de 1973 del mismo Consejo Superior que sobre el aspecto de la estabilidad en los cargos de los docentes, establecía que los únicos profesores "inamovibles" eran los profesores **titulares,** siempre y cuando que no fueran destituidos o se presentara la vacancia en el cargo. A contrario *sensu*, los demás docentes, **no titulares**, como sería el caso de los asociados, eran de libre remoción del Consejo Directivo de la Universidad.

Aclarado que la licenciada Fontalvo no gozaba en el momento de su desvinculación, de ningún fuero de estabilidad relativa, por ser de libre remoción, no era obligatorio el agotamiento de la vía gubernativa a través de la interposición de recursos, hecho que se entiende cumplido con la expedición del acto, debiendo contarse el término para acudir a la jurisdicción, desde la notificación de este último. Esta fue la razón para que la entidad demandada no se pronunciara respecto a las manifestaciones hechas por la actora en el momento de la notificación del acto acusado.

8.- Las acciones de índole administrativa que promuevan contenciones ante esta jurisdicción especial, deben interponerse dentro de los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectivo el reconocimiento de los derechos vulnerados a un particular, por un determinado acto, hecho u omisión. Y debe ser reconocida y declarada por el juez, cualquiera de las etapas del proceso, pues opera *ipso iure*. Los plazos son de cumplimiento riguroso y su inobservancia trae como consecuencia la caducidad de la acción.

Se tiene entonces, en el presente caso, en criterio del suscrito, que notificada la resolución No. 022 de 14 de enero de 1983, proferida por el rector

de la Universidad de Cartagena, el día 19 de enero del mismo año, el término para acudir a la jurisdicción vencía en la misma fecha del mes de mayo y, por tanto, presentada la demanda el 24 de mayo, debe concluirse que la acción fue interpuesta por fuera del plazo legal, configurándose el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

9.- Cree, pues, el suscrito que ha debido revocarse la sentencia de 8 de junio de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, en su lugar, declarar la caducidad de la acción intentada, mediante apoderado, por la señora Graciela Fontalvo Herrera.

Atentamente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: *Ut Supra*

SINDICATO MIXTO / PURGA DE ILEGALIDAD

Si bien para el momento de la expedición de la resolución ministerial la ley no autorizaba la conformación del sindicato entre empleados públicos y trabajadores oficiales, por lo cual resultaba ilegal la actuación del Ministerio, ella, también por mandato legal, se presume ajustada a derecho mientras no se suspenda o se anule por el juez de la administración (Art. 66 del C.C.A.). Y no fue suspendido provisionalmente, por manera que ahora al aprestarse el Consejo de Estado a decidir sobre el mérito de la demanda encuentra que por voluntad del propio legislador tal impedimento desapareció y ha sobrevenido la legalidad de la resolución que se asusta a los nuevos derroteros jurídicos; razón para que se desestime la petición, pues tal era su único cargo y por contera no haya lugar al estudio de las restantes pretensiones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

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

Referencia: Expediente No. 5332. Resoluciones Ministeriales Actora: UNIVERSIDAD DE PAMPLONA.

Mediante apoderado la Universidad de Pamplona, en el Departamento de Norte de Santander, solicitó la nulidad de la resolución No. 01286 de 1986 del 29 de abril de 1987 proferida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para reconocerle personería jurídica y aprobarle los estatutos al Sindicato de Trabajadores y Empleado de la Universidad de Pamplona, ordenando las anotaciones y publicaciones de rigor (Fl. 24), y que como consecuencia de la

nulidad se disponga "la cancelación de la personaría jurídica del Sindicato ... así como los estatutos y la junta directiva del mismo." (Fl. 19).

Se funda la demanda en la infracción de la ley (Arts. 414, 416 y 359 del C. S. T.) porque de conformidad con el artículo 122 del D.L. 80 de 1980, el personal administrativo de las instituciones oficiales de educación superior se conforma de empleados públicos y trabajadores oficiales, pero el sistema de derecho laboral define cuáles son las funciones de los sindicatos integrados por unos y otros servidores, y no permite su pertenencia a un solo ente sindical, como, incluso la jurisprudencia del 21 de mayo de 1990 de esta Corporación, que refiere en parte, lo ha precisado. En prueba de lo cual afirma que en la nómina del sindicato en cuestión figuran catorce (14) trabajadores oficiales.

La suspensión provisional se negó (Fls. 2428) y de la demanda se notificó al Ministerio del Trabajo (Fl. 31) y al Sindicato (Fl. 39) sin que se hubieren apersonado en el juicio.

La Fiscalía Novena ante el Consejo de Estado, -en su concepto (Fls. 59-63)-, opina que la demanda debe prosperar, porque el ministerio carecía en el momento de los hechos de competencia para autorizar la conformación de la organización sindical integrado por, trabajadores oficiales y empleados públicos, pues sólo es aceptable a partir de la fecha de vigencia del artículo 58 de la ley 50 de 1990; luego sí existía la prohibición que el acto desconoció, y porque la supervención por legalidad sobreviniente que purgaría la ilegalidad no es aplicable ya que se produjeron efectos nocivos al orden jurídico, procediendo su anulación para sanear el vicio que desvirtuaría su presunción de legalidad.

CONSIDERACIONES:

1. La Sala se ha ocupado en. providencias recientes del fenómeno jurídico de la supervención cuando con posterioridad a la expedición del acto cuestionado el mandato constitucional o legal cambian y es necesario definir los efectos que se generan al respecto, pues entre tanto no se suspenda o anule el acto se presume ajustado a la legalidad, de conformidad con el artículo 66 del C. C. A.

En el proceso No. 2816 se sostuvo:

> "2. El inciso 2o del artículo 164 del C. C. A., dispone que "en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera, otra que el fallador encuentre probada 11, y el artículo 267 *ibídem.* que en los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Códigode Procedimiento Civil en lo que sea compatible don la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo

contencioso- administrativo". A su vez, el artículo 305 del C. de P. Civil, en su inciso final, dispone que en la sentencia se tendrán en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio".

"A favor de la tesis que no permite la consideración jurisdiccional de los cambios jurídicos ocurridos entré la presentación de la demanda y el pronunciamiento del fallo, se encuentra la regla genérica de la retroactividad de la normas legales y la vigencia de las normas estrictamente privadas, atemperada por las propias disposiciones constitucionales y legales al punto y anulada con las apreciaciones derivadas de los efectos de las conocidas como normas de orden público, de efecto general inmediato. En pro de la aplicación de las reglas modificadas pesa la consideración contenida en las normas de orden público y procesales, (de orden público, además)según las normas de orden publico existentes al momento de la presentación de la demanda ni a la legalidad de ese carácter vigente a la fecha del fallo, pues contienen los limites fácticos extintivos o modificatorios de los derechos litigados."

"El comentado cambio de la legalidad bien puede suceder que resulte negativo o de ilegalidad sobreviniente, que conduce al decaimiento de los supuestos de derecho del acto (Art. 66 del C. C. A.); o el cambio en sentido positivo de legalidad sobreviniente, acontecido entre las fechas de la demanda y de la sentencia. Lo corriente es que la legalidad no se mude entrambas fechas pero muden los hechos. Es en cambio infrecuente la mutación del sistema jurídico entre las dos fechas, que para el juez no puede ser indiferente. Son dos fenómenos diversos y excepcionales el del decaimiento de los supuestos del derecho litigado y el de su legalidad sobreviniente."

"Si por la propia voluntad del legislador en forma general los hechos jurídicos supuestos cambian, las restricciones se morigeran o desaparecen y cesan las prohibiciones, de modo general e inmediato en reglas de orden público, y se truecan en hechos permitidos los que antes de la vigencia de la ley no podrían serlo, cuya persistencia no repugna al nuevo orden legal, y sucede la transformación jurídica entre la fecha de la demanda y la de la sentencia, es entendido que la purga del vicio proviene del propio legislador, debiendo así reconocerlo la sentencia porque el juez no puede rebelarse contra el orden público dispuesta por aquél. De modo que si en principio el acto

estuviera viciado, se sanea en el cambio de la legalidad, por la voluntad. del soberano expresada a través del Congreso. Sin embargo, esta tesis no puede aplicarse para desconocer con norma el precepto que confiere inmutabilidad a la cosa juzgada proferida en vigencia del antiguo orden legal."

"La Sala se ha ocupado de estos asuntos recientemente. En los expedientes Nos. 5489 y 5072 con ponencia de la Consejera Dra. Dolly Pedraza de Arenas, anuló unos actos porque sus fundamentos de derecho desaparecieron al ser sustituido el artículo 2o. de la ley 43 de 1975 por el artículo 2o., numeral 4, de la ley 91 de 1989", y en el expediente No. 4957 con ponencia de la Consejera Dra. Clara Forero de Castro para obrar en idéntico sentido, discurrió así: "...aunque en estricto derecho las resoluciones acusadas no serían anulables, una interpretación favorable al trabajador permite, por haber desaparecido el sustento jurídico de dichos actos administrativos, declarar su nulidad y ordenar el reconocimiento del derecho reclamado" desde luego bajo la consideración del imperio de la nueva legalidad, el de la juridicidad sobreviniente."

2. Ha de agregarse que si bien para el momento de la expedición de la resolución ministerial la ley no autorizaba la conformación del sindicato entre empleados públicos y trabajadores oficiales, por la cual resultaba ilegal la actuación del Ministerio, ella, también por mandato legal, se presume ajustada a derecho mientras no se suspenda o se anule por el juez de la administración (Art. 66 del C. C. A.). Y no fue suspendido provisionalmente, por manera que ahora al aprestarse el Consejo de Estado a decidir sobre el mérito de la demanda encuentra que por voluntad del propio legislador tal impedimento desapareció y ha sobrevenido la legalidad de la resolución que se ajusta a los nuevos derroteros jurídicos; razón para que se desestime la petición, pues tal era su único cargo y por contera no haya lugar al estudio de las restantes pretensiones.

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

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Javier Diaz Bueno, (Conjuez).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL / EMPLEADO JUDICIAL / ESTABILIDAD - Improcedencia / NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD - Inexistencia / PERIODO JUDICIAL

El actor ni fue nombrado en interinidad durante el período que se inició el 1º de septiembre de 1981, ni era funcionario cuyo nombramiento requiriera confirmación. Para los efectos del artículo 50 del decreto 1660 de 1978, tampoco demostró el demandante que el Juez nominador hubiera tomado posesión con antelación mayor a 90 días de la expedición de los actos acusados, como para alegar el derecho a permanecer en el cargo hasta el vencimiento del período. El alcance de la norma era impedir que los empleados de los curados y fiscalías fueran removidos por los nominadores después de transcurrir un término de 90 días después de posesionarse del correspondiente despacho, razón por la cual la concreción del derecho la estabilidad relativa allí establecida, requiera forzosamente la demostración de la fecha de posesión del nominador en los términos dichos anteriormente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 710. Autoridades Nacionales. (Reconstrucción). Actor: GILBERTO JULIAN AGUIRRE BENAVIDES.

Conoce la Sala del recurso de apelación Interpuesto por GILBERTO JULIAN AGUIRRE BENAVIDES contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 13 de mayo de 1983, por medio de la cual se le

negaron entre otras pretensiones la de reintegro como Escribiente grado 4o. del Juzgado Primero Penal Municipal de Túquerres; el pago de haberes dejados de percibir.

Reconstrucción procesal. El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y el interesado solicitó y obtuvo su reconstrucción.

En los **hechos** de la demanda se afirma que el actor tomó posesión del cargo de Escribiente Grado 4o. del mencionado Juzgado el 1o. de septiembre de 1979, al haber sido nombrado en la misma fecha por el Decreto 002, artículo 2o.; que el 1o. de septiembre de 1981, cuando se iniciaba un nuevo período Judicial, el demandante se encontraba cumpliendo normalmente sus funciones y lo continuó haciendo hasta el lo. de julio de 1982, fecha esta en que fue reemplazado mediante el artículo 2o. tanto del decreto 1 como de la resolución 1 del 1o. de julio de 1982, en virtud de los cuales el Juez nominador nombró interinamente en el mencionado cargo a Daniel Ricardo Solarte Suárez, quien tomó posesión ese mismo día; que el actor fue reemplazado de manera ilegal e injusta, sin mediar un proceso disciplinario, cuando habían transcurrido mas de 90 días desde el lo. de septiembre de 1981, fecha de iniciación del período judicial.

Como **disposiciones violadas** se invocaron los artículos 26 y 30 de la Constitución Política anterior, 8o. de la ley 12 de 1945, 2o. de la ley 15 de 1972, 5o. del decreto 2234 de 1976, 10 del decreto 250 de 1970 y 50 y 51 del decreto 1660 de 1978.

En el concepto de violación se expone, en síntesis, que como el demandante ya había laborado por tiempo superior a los 90 días a que se refieren los artículos 8o. de la ley 12 de 1945 y 50 del decreto 1660 de 1978, no podía ser removido sino por medio de un proceso disciplinario, pues ya había adquirido el derecho a permanecer hasta la terminación del período el 1o. de septiembre de 1983.

La **sentencia apelada** consideró que al finalizar el período judicial no se produce interinidad sino vacancia del cargo, pues la primera calidad requiere que el acto de nombramiento así lo exprese; que el actor no fue destituido como consecuencia de una sanción disciplinaria sino que no fue "reelegido" por el superior inmediato.

El **Ministerio Público** en su conceptos fondo estima que el fallo apelado amerita ser confirmado (fls. 58 a 62).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Alrededor de la vigencia del artículo 8o. de la ley 12 de 1945, esta Sala ha sostenido que en la hipótesis de que no hubiera sido derogado tácitamente por el artículo 20 del decreto extraordinario 1698 de 1964 que reguló lo relativo a la interinidad Judicial, sí lo fue por la misma razón desde la expedición del decreto 250 de 1970. Pero aún suponiendo su vigencia, el actor ni fue nombrado en interinidad durante el período que se inició el 1o. de septiembre de 1981, ni era funcionario cuyo nombramiento. requiriera confirmación.

2. Para los efectos del artículo 50 del decreto 1660 de 1978, tampoco demostró el demandante que el Juez nominador hubiera tomado posesión con antelación mayor a 90 días de la expedición de los actos acusados, como para alegar el derecho a permanecer en el cargo hasta el vencimiento del período.

El alcance de la norma era impedir que los empleados de los juzgados y fiscalías fueran removidos por los nominadores después de transcurrir un término de 90 días después de posesionarse del correspondiente despacho, razón por la cual la concreción del derecho a la estabilidad relativa allí establecida, requiera forzosamente la demostración de la fecha de posesión del nominador en los términos dichos anteriormente.

3. Entonces, no estando acreditado que el demandante fue nombrado para desempeñar el cargo para el período Judicial que venció el 31 de agosto de 1983, ni que adquirió el derecho a la estabilidad relativa en los términos del artículo 50 del decreto 1660 de 1978, forzoso es concluír que sus pretensiones deben fracasar, debiendo confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 13 de mayo de 1983 en el proceso promovido por GILBERTO JULIAN AGUIRRE BENAVIDES.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

SECCION SEGUNDA

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONCEPTO / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / DEMANDA - Ineptitud

Ha sido reiterado el criterio jurisprudencial en el sentido de que los conceptos de la administración que no crean situaciones jurídicas, no adquieren la categoría de actos administrativos, y por ende, no son susceptibles de ser objetos del medio de control de nulidad aquí incoado. Al examinar detenidamente el texto del escrito acusado de nulidad en este proceso, llega la Sala a la conclusión de que dicho escrito no comporta una manifestación de voluntad de la administración, pues, sólo recoge simples opiniones, reiterativas, además, del criterio que sobre dicho punto ya venía aplicando la dirección general del SENA, es decir, que dicho concepto al no tener carácter obligatorio, no crea situaciones jurídicas, de alguna naturaleza, al no producir, por sí mismo, efectos jurídicos, no es susceptible de ser objeto del medio de control jurisdiccional de la llamada acción de nulidad establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejero Ponente: D*r. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4532. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JOSE ANTONIO GALAN Y OTRO.

Se decide la demanda presentada, en sus propios nombres por los ciudadanos José Antonio Galán Gómez y Daniel Alberto Libreros Caicedo, incoada en ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el artículo 84 del

SECCION SEGUNDA

Código Contencioso Administrativo y en la cual solicitan la declaratoria de nulidad del concepto emitido por el jefe de la oficina jurídica de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el cual tiene fecha mayo 30 de 1989 y numerado con el 22-26754.

Para sustentar su petición el demandante expone los siguientes hechos:

"1.- La Jefe de la Oficina Jurídica de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el día 30 de mayo de 1988 (sic) emitió el concepto jurídico cuya nulidad se solicita en esta demanda y que ya fué (sic) transcrito textualmente.

2.- La administración del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA por su Dirección General, quiere aplicar de modo general el concepto jurídico cuya nulidad se solicita en esta demanda, según se desprende del contenído (sic) del oficio No. 22-48288 de julio 11 de 1989 suscrito por la Directora General del SENA, y de la manera como en la práctica se trata a los funcionarios CELADORES del SENA, ya que por definición legal, los funcionarios celadores del SENA son Trabajadores Oficiales, en tanto que la administración, con fundamento en el mencionado concepto jurídico les ha venído (sic) dando tratamiento de Empleados Públicos.

3.- El Consejo Directivo Nacional del SENA determinó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA mediante el Acuerdo No. 130 de 1969 (16 de diciembre). Acuerdo que fué (sic) aprobado por el Presidente de la República de Colombia mediante Decreto Número 2464 de 1970.

4.- El Acuerdo expedído (sic) por el Consejo Directivo Nacional del SENA Número 130 de diciembre 16 de 1969, en su ARTICULO 9.- establece:

"ARTICULO 9. TRABAJADORES OFICIALES.- Serán desempeñadas por trabajadores oficiales las siguientes actividades:

a) El trabajo de construcción y mantenimiento de los edificios, equipos y demás instalaciones del SENA.

b) El trabajo en los siguientes puestos:

Auxiliar de cocina, Aseador, Mesero, Trabajador de campo, Operario de Jardinería, Ayudante de Mantenimiento, Operario de Almacén, Celador cuando sea de simple vigilancia y no (sic) de confianza. Operario de Mantenimiento, Conductor de vehículos (salvo los conductores de los

vehículos asignados a los Directivos de la entidad), Jardinero, Auxiliar de Enfermería, Tractorista, Trabajador calificado en Agricultura, Ganadería o Industrias Menores, Oficial de Ebanistería, Oficial de Mantenimiento y Operador de Motobomba. ..." (subrayo).

Cabe anotar que esta disposición se encuentra plenamente vigente.

5.- Contrasta con la norma anterior el concepto cuya nulidad se solicita en esta demanda, pues según el concepto en cuestión se concluye que "la totalidad de los empleados a los que se le asigne aquella función, son empleados públicos", y que "en el SENA no pueden catalogarse como Trabajadores Oficiales quienes sean designados como celadores o vigilante" Es decir, el concepto acusado viola directamente el Artículo 9 del Acuerdo 130 de 1969 emanado del Consejo Directivo Nacional del SENA aprobado por Decreto 2464 de 1970, motivo por el cual dicho concepto debe ser declarado núlo (sic)".

Cita el demandante como normas violadas el artículo 9, del acuerdo 130 de 1969 del Consejo Directivo Nacional del SENA, aprobado por el decreto 2464 de 1970.

Como concepto de la violación expone:

"... Este concepto acusado, en sintesis (sic), establece que TODOS los CELADORES del SENA son empleados públicos contrariando lo dispuesto por el Artículo 9 del Acuerdo 130 de 1969 del ConseJo Directivo Nacional del SENA aprobado por Decreto 2464 de 1970, según el cual Artículo 9 son trabajadores oficiales quienes en el SENA ocupen el puesto de celador cuando sea de simple vigilancia y no de confianza.

El concepto acusado generaliza al interpretar la norma citada diciendo que todos los celadores del SENA son empleados públicos en razón a que todos los celadores del SENA son de confianza, mientras que la norma precitada, por el contrario establece una clara diferencia respecto de los funcionarios que ocupen el puesto de celador, ya que según esta norma, unos son trabajadores oficiales y otros serán empleados públicos. Según la norma, interpretada correctamente, cuando el funcionario celador cumple funciones de simple vigilancia será trabajador oficial, mientras que cuando cumpla el celador funciones de confianza será empleado público."

Después de citar algunas jurisprudencias que se refieren al término confianza, continúa:

"Es que el concepto acusado confunde el elemento de confianza, que desde luego se deposita en todo trabajador o empleado entendído (sic) este elemento como las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza de la relación laboral, con las condiciones que implican el ejercicio de funciones propias del patrón, convirtiendo a todos los celadores en general del SENA en empleados públicos y en consecuencia recortando el alcance del Artículo 9 del Acuerdo 130/69 aprobado por el Decreto 2464 de 1970, ya que el alcance de dicha norma llega hasta la clasificación de dos tipos de celadores en el SENA: celador trabajador oficial y celador empleado público, en dependencia de las funciones que cumpla, las cuales pueden ser: a) de simple vigilancia y b) de confianza, siendo los primeros trabajadores oficiales y los segundos empleados públicos. Por tanto, el concepto acusado debe ser declarado núlo (sic)."

Al descorrer el traslado de rigor el señor Fiscal Cuarto de la Corporación conceptuó que las súplicas de la demanda deben ser acogidas, y al efecto expuso:

"Como, ciertamente, el concepto acusado quiere aplicar de modo general el criterio en él consignado, resulta ser, entonces, a términos del 5o. inciso del artículo 84 del C.C.A., susceptible de control jurisdiccional. Así las cosas, esta Fiscalía considera que el carácter que de empleados públicos se da en el concepto impugnado a los celadores o vigilantes al servicio del SENA contraría abruptamente el artículo 9o. del Acuerdo No. 130 del 16 de diciembre de 1969, que, con competencia legal inobjetable, clasifica como trabajadores oficiales a los celadores "cuando sean de simple vigilancia y no de confianza". Este aserto encuentra jerarquizado respaldo en doctrinas del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, que los demandantes pertinentemente citan así:..."

No hallándose causal susceptible de invalidar lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Estima la demandada al proponer la excepción de fondo, que el concepto emitido por la oficina jurídica de la dirección general del SENA, no tiene carácter de acto administrativo y por lo tanto, el resultado de la acción impetrada es inocuo, por cuanto no existe disposición que señale que los conceptos mencionados tengan el carácter de obligatorios o vinculantes.

Ahora bien el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 14 del decreto 2304 de 1989 consagraba en forma expresa la acción de nulidad para los conceptos de la administración pero a su

vez el artículo 83 del mismo estatuto determinaba que tales conceptos adquieren el carácter de actos administrativos cuando son "capaces de producir efectos jurídicos"

Ha sido reiterado el criterio jurisprudencial en el sentido de que los conceptos de la administración que no crean situaciones jurídicas, no adquieren la categoría de actos administrativos y o por ende no son susceptibles del ser el medio de control de nulidad aquí son incoado.

Al examinar detenidamente el texto del escrito acusado de nulidad en este proceso, es decir, el concepto emitido para la oficina jurídica de la dirección general del SENA de 30 de mayo de 1989 (fls 21 a 23), llega la sala a la conclusión de que dicho escrito no comporta una manifestación de voluntad de la administración, pues, sólo recoge simples opiniones, reiterativas, además, del criterio que sobre dicho punto ya venía aplicando la Dirección General del SENA, es decir que dicho concepto al no tener carácter obligatorio no crear situaciones jurídicas de alguna naturaleza, al no producir, por si mismo, efectos jurídicos, no es susceptible de ser objeto del medio de control jurisdiccional de la llamada acción de nulidad establecida en el articulo 84 del Código Contencioso Administrativo, cuya finalidad es de asegurar la juridicidad de la actuación administración, salvando las posibles transgresiones que cometa el Estado en desconocimiento de los derechos de los administrados. Por estas razones, estima la Sala que la excepción propuesta tiene vocación de prosperidad.

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

FALLA:

Declárase la inhibitoria para decidir sobre el fondo en este asunto por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, (ausente); *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Requisitos / INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO / DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / *LITIS* - CONSORCIO NECESARIO

El actor acertó al demandar los actos expedidos por la Procuraduría General, pero incurrió en el error de no citar como parte demandada a la Nación, como la manda el artículo 150 el C.C.A., subrogado por el 29 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, en virtud del cual "Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones...". Por eso mismo, se afectaron los principios del debido proceso y el derecho de defensa, por manera que la Nación, no tuvo la oportunidad de intervenir en el juicio y defender la legalidad de sus actos. Ni el demandante ni el propio Tribunal Administrativo de Antioquia acogieron el aviso dado por la entidad demandada (Metrosalud), en el sentido de que se integrara de manera correcta el contradictorio, o sea, bien mediante la corrección o adición de la demanda, ora mediante la orden de notificar a la Nación (Art. 83 C.P.C.) En otras palabras; no resulta lógico que se admita la causa eficiente, pero se niegue el efecto que ella produce. Por ello es sabia la previsión del art. 83 del C.P.C., en concordancia con el art. 150 del C.C.A., en cuanto a que cuando se integra el litisconsorcio necesario la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos los que lo componen.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente. No. 4675. -Asuntos Municipales.- Actor: LUIS FERNANDO VERGARA CASTRO.-

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Metropolitano de Salud, "METROSALUD", de Medellín, contra la sentencia del 14 de julio de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de la Resolución No. 0058 del 18 de julio de 1986 y accedió parcialmente a las demás pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA:

En el escrito correspondiente (Fls. 141-149), Luis Fernando Vergara Castro demandó al Instituto Metropolitano de Salud -METROSALUD-, para que se declarara la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 091 del 15 de noviembre de 1985, proferida por el Procurador Primero Regional de Medellín; en la providencia del 30 de mayo de 1986, de la Procuraduría General de la Nación, que confirmó la anterior; y en la Resolución No. 058 del 18 de julio de 1986, expedida por el Director General del Instituto Metropolitano de Salud, mediante la cual se acogió y decretó la sanción de destitución solicitada en los actos anteriores; y como consecuencia de ello, su reintegro, las consecuencias económicas del caso y la declaración de que queda sin efecto la inhabilidad para el desempeño de cargos públicos.

Como hechos que fundamentan la acción se dijo que el actor ingresó a laborar en el Municipio de Medellín en el año de 1975, como Auxiliar en la Farmacia Municipal; posteriormente pasó al cargo de Jefe del Fondo Rotatorio de la Farmacia; este empleo cambió su denominación más tarde por la de Jefe de Departamento de Farmacia. En noviembre de 1983 se le inició una investigación por "supuestos malos manejos del Fondo Rotatorio de Farmacia, atendiendo la queja formulada por el señor Mario Arredondo Builes." (Fl. 142). Lo actuado por el Departamento de Investigaciones de la Contraloría Municipal se le remitió a la Procuraduría Primera Regional de Medellín y a la División de Control Posterior de la misma Contraloría. Por oficio No. 172 del 8 de octubre de 1984 la Procuraduría le formalizó cargos como los de compra de drogas sin autorización del Comité de Compras; realizar pedidos dobles; venta al público en cantidades grandes, propiciando la especulación; y trato diferencial con dos subalternas del Fondo, entre otros. Este trámite culminó con la Resolución No.

091 del 15 de noviembre de 1985, por la cual la Procuraduría Primera Regional de Medellín le pidió su destitución al señor Alcalde Municipal. El recurso de apelación contra este proveído fue resuelto por la Procuraduría General de la Nación, mediante providencia del 30 de mayo de 1986, que lo confirmó. Como resultado de esto, se le destituyó mediante Resolución No. 058 del 18 de julio de 1986. Acto seguido, el demandante afirma que los cargos que le fueron imputados se desvirtuaron porque las cuentas del período respectivo fueron fenecidas sin alcance, lo que significa que el acto de remoción adolece de falsa motivación. Por otra parte, alega que la solicitud de destitución se le remitió al Alcalde y no al representante legal de Metrosalud, por lo cual estima que también hubo incompetencia.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA:

El instituto demandado contestó la demanda (Fl. 186), se opuso a sus pretensiones y planteó que la entidad se había limitado a cumplir una solicitud obligatoria de la Nación (Procuraduría General de la Nación), por lo cual era indispensable que se hubiese demandado a la misma.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En la sentencia (Fls. 323-342) dijo el *a-quo* que el demandante no tenía que dirigir sus pretensiones contra la Nación, porque al momento de su retiro prestaba servicios en Metrosalud y no en el Municipio de Medellín, o a la Nación; por tanto, "no existía razón jurídica para traer como *litis* consorcio facultativos o necesarios a la Nación o al Municipio." (Fl. 333). En su concepto no era necesario demandar los actos de la Procuraduría, porque cuando ésta cumple esas funciones de vigilancia no compromete a la Nación. Los actos de ese organismo son preparatorios apenas.

Más adelante, el Tribunal de primer grado concluye que aunque la destitución se le pidió al Alcalde de Medellín el Director de Metrosalud sí tenía facultades para adoptar esa medida, porque había reemplazado a aquél como nominador, en la medida en que la antigua Secretaría de Salud se convirtió en dicho establecimiento público.

Del mismo modo, plantea que la investigación se adelantó cuando el actor desempeñaba el cargo de Jefe del Fondo Rotatorio Municipal de Medellín, mientras que cuando se pidió su destitución ya ocupaba otro, el de Jefe del Departamento de Farmacia; sin embargo, no encuentra error de fondo al respecto.

De igual manera, señala que obran constancias de que "contra el demandante ya no existe cargo alguno" (Fl. 338).

Por consiguiente, el *a-quo* accedió a las pretensiones de la demanda dirigidas contra Metrosalud, pero se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo enfrente de los actos de la Procuraduría. Dos de los cuatro magistrados firmantes aclararon su voto porque en su sentir no procedía inhibirse, dado que los actos eran de simple trámite.

EL RECURSO DE APELACION:

En el memorial correspondiente (Fls. 345-348), la entidad demandada aduce que los actos de la Procuraduría no son de mero trámite, y por ende, la decisión del Tribunal no puede cumplirse, porque si bien anuló el acto de remoción, dejó vigentes los de la Procuraduría, que son obligatorios para la Administración Pública, so pena de incurrir en desacato.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscal Quinta de la Corporación sostiene en su concepto (fls. 355-359), que la tesis del *a-quo* contraría, la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo siguiente:

> "...se ha considerado por la honorable Sección destinataria del presente concepto, en planteamientos que esta Fiscalía comparte, que la Resolución, como la aquí acusada por la parte actora, no es uno de aquéllos (sic) actos unitarios, como lo pretende hacer ver el fallador de primera instancia, sino que, es respuesta a dos actos administrativos de índole disciplinario (sic) que entre sí constituyen un acto complejo, siendo por lo demás un acto de carácter eminentemente reglado y no discrecional. Por manera que, solicitada la destitución a la autoridad nominadora, quien no era precisamente el Alcalde de Medellín, como se plasmó en las Resoluciones emanadas de la Procuraduría, sino el Director General del Instituto Metropolitano de Salud "METROSALUD", éste no podía evadir tal mandamiento, en razón de que las decisiones de la Procuraduría, dictadas en las dos instancias legales, no abrían la posibilidad de proferir determinación en otro sentido. En síntesis, las dos resoluciones con respecto a las cuales dice el a-quo que constituyen simples actos preparatorios, constituían el antecedente necesario de la Resolución No. 050, de julio 18 de 1986, producida por el Director General de METROSALUD en orden a satisfacer una solicitud obligatoria de destitución. Sin aquéllas, no hubiera podido subsistir ésta y por ello para juzgar la legalidad de la segunda se haría indispensable juzgar la legalidad de las primeras."

La Fiscalía sostiene, entonces, que debió llamarse a todas las personas que pudieran verse afectadas por la sentencia; y entre ellas, como es obvio, a la Nación - Procuraduría General de la Nación; por ello, no puede proferirse fallo de mérito.

Del mismo modo, hace notar que en la demanda sólo se indican como disposiciones violadas los artículos 16, 117 y 26 de la Carta de 1886, y los artículos 84 y 85 del C.C.A.; en cuanto a los primeros, la jurisprudencia ha reiterado que solamente son principios generales no susceptibles de ser quebrantados directamente; y respecto de los segundos, simplemente consagran las acciones contencioso administrativas de nulidad y restablecimiento del derecho, que en realidad no han sido desconocidas ni transgredidas por la administración.

Finalmente, la distinguida colaboradora fiscal opina que debe revocarse el fallo y en su lugar, proferir decisión inhibitoria.

Como se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a desatar el recurso de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Resulta indispensable analizar, en primer término, si era necesario integrar el contradictorio con la Nación (Procuraduría General de la Nación), en cuanto la demanda incluyó actos de esta entidad como acusados.

No sobra advertir que la integración del mismo con el *litisconsorte* necesario es una cuestión sustancial, porque con ello se garantiza el derecho de contradicción, de raigambre constitucional, en el sentido de dar la oportunidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión a que aspira el demandante.

En el asunto *subjúdice* el actor indicó como único demandado al Instituto Metropolitano de Salud (METROSALUD), de Medellín; empero, incluyó como actos demandados los dictados por la Procuraduría Primera Regional de Medellín y por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, junto con el del establecimiento público municipal que ejecutó los anteriores.

Los dos primeros actos constituyen una decisión ejecutoriada y en firme de una entidad del orden nacional que debía ser acatada sin discusión por el ente municipal (Metrosalud).

Sobre el particular ha dicho esta Sala que:

"El ejercicio incorrecto del derecho de acción, por no demandar la totalidad de los actos que se expidieron para sancionar al recurrente implica nada menos que la imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia."

"En efecto, cuando en un proceso sancionatorio por faltas disciplinarias intervienen diferentes autoridades, los actos que se profieren tienen entidad jurídica propia. Por lo tanto, si se acusa únicamente el de ejecución, quedarían vigentes los que solicitan la aplicación de la sanción los cuales son de obligatorio cumplimiento e impedirían hacer efectivo el reintegro solicitado por el demandante y ordenado por el Tribunal." (Sentencia del 29 de mayo de 1992; Exp. No. 834; Actor: José Santos Baquero; Consejero Ponente: Dr. Diego Younes Moreno).

Esto es, que el actor acertó al demandar los actos expedidos por la Procuraduría General, pero incurrió en el error de no citar como parte demandada a la Nación, como lo manda el artículo 150 del C.C.A., subrogado por el 29 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, en virtud del cual "Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones...". Por eso mismo, se afectaron los principios del debido proceso y el derecho de defensa, por manera que la Nación (Procuraduría General de la Nación), no tuvo la oportunidad de intervenir en el juicio y defender la legalidad de sus actos.

Y debe advertirse, además, que ni el demandante ni el propio Tribunal Administrativo de Antioquia acogieron el aviso dado por la entidad demandada (Metrosalud), en el sentido de que se integrara de manera correcta el contradictorio, o sea, bien mediante la corrección o adición de la demanda, ora mediante la orden de notificar a la Nación. (Art. 83, C.P.C.).

Esta circunstancia le impide al *ad-quem* un pronunciamiento de mérito.

La Sala no puede dejar pasar inadvertida la errónea hipótesis patrocinada por el *a-quo*, según la cual la decisión respecto de los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación debe ser inhibitoria, en tanto que la relacionada con el acto que cumple lo ordenado en éstos sí debe ser de fondo.

En otras palabras; no resulta lógico que se admita la causa eficiente, pero se niegue el efecto que ella produce. Por ello es sabia la previsión del artículo 83 del C.P.C., en concordancia con el artículo 150 del C.C.A., en cuanto

a que cuando se integra el litisconsorcio necesario la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos los que lo componen.

Así las cosas, el fallo apelado deberá revocarse y en su lugar, se proferirá decisión inhibitorio.

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 proferida el 14 de julio de 1989 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo.- Declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito en este asunto, por las razones invocadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ANALOGIA - Improcedencia / EMPLEADO TERRITORIAL / PENSION DE INVALIDEZ / INDEMNIZACION - Incompatibilidad / MESADA PENSIONAL / CORRECCION MONETARIA - Improcedencia

No es posible aplicar analógicamente las disposiciones del orden nacional, porque mientras la Ley 4 de 1966 fija la cuantía de la pensión de invalidez en un 75% del promedio mensual en el último año de servicios para los empleados territoriales, en el orden nacional se pueden tener pensiones con cuantías del 50%, del 75% y del 100% según el grado de invalidez, pero con base en el último salario devengado por el empleado, y no con el promedio del último año. El actor para pedir la indemnización por el accidente de trabajo, invoca en la demanda los arts. 17 de la Constitución Política de 1886, y del Decreto 2767 de 1945, 17 de la Ley 6 de 1945, Decreto 1600 de 1945 y los Acuerdos 58 de 1958 y 44 de 1961. Sin embargo, examinando cada una de estas normas, en ninguna de ellas se prescribe que el empleado del nivel territorial cuando haya sufrido un accidente de trabajo y como consecuencia de él tenga derecho a la pensión de invalidez, deba pagársele simultáneamente una indemnización.

DEMANDA - Requisitos / ANEXOS / NORMA LEGAL / PRUEBAS - Oportunidad

Los Acuerdos del Concejo Distrital de Bogotá, invocados como fuente del derecho, no fueron aportados oportunamente al proceso y se adjuntaron luego de que la Fiscal 5 del Consejo de Estado, en su vista fiscal, hiciera notar la falla de ellos. No debe olvidarse que las pruebas no pueden allegarse en cualquier momento al proceso, pues ellas deben ser aportadas en el término probatorio

o en el señalado por el juez, no por un simple formulismo, sino principalmente para que estas puedan ser controvertidas por la parte contraria. La jurisprudencia ha dicho que las mesadas pensionales se reajustan anualmente con el objeto de corregir la depreciación monetaria.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 5736 AUTORIDADES MUNICIPALES. Actor: MAYRA BARRERA BAUTISTA

Mayra Barrera Bautista solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declarara el derecho que tiene al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a causa del accidente por causa del servicio y a la correspondiente indemnización por el mismo.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo mediante fallo considero que la actora en atención a que había adquirido una incapacidad laboral del ciento por ciento a causa del accidente cuando se hallaba en servicio, tenía derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez con base en el 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicio, conforme a lo ordenado en los artículos 4 de la ley 4 de 1966 y el Decreto 1743 del mismo año. Negó el derecho al pago de la indemnización por dicho accidente de trabajo, porque no se estableció probatoriamente la incapacidad inicial de la demandante, ni se constató si la entidad demandada lo pagó o no, independientemente de analizar la compatibilidad o incompatibilidad entre la indemnización y la pensión de invalidez.

El RECURSO:

La actora solicita se revoque parcialmente la sentencia, con el objeto de que la pensión se conceda por la totalidad de los haberes devengados en el último año de servicios con ajuste de valor y al reconocimiento de la indemnización equivalente a 23 meses de sueldo, por haber contraído su incapacidad laboral absoluta por razón del accidente de trabajo.

SECCION SEGUNDA

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal 5 del Consejo de Estado, estima que el fallo se ajusta a derecho y por lo tanto debe ser confirmado.

Sobre la pensión de invalidez y la indemnización, la fiscalía dijo lo siguiente:

"En estas condiciones, es evidente que la señorita Mayra Barrera Bautista tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, liquidada con base en el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, de conformidad con el artículo 5°. del Decreto 1743 del 9 de julio de 1966, reglamentario de la Ley 4ª de 1966. Y, en efecto, fue con argumentos similares a los aquí expuestos que el *a-quo* accedió a declarar parcialmente las súplicas impetradas en la demanda.

En cuanto a la indemnización, equivalente a 23 meses de los valores actuales del cargo, se dice por la parte actora que fue establecida en los Acuerdos Nos. 58 de 1958 y 44 de 1961, expedidos por el Concejo Distrital de Bogotá (folio 3 del cuaderno principal, punto 2.2.). Siendo así las cosas, se ha debido dar cumplimiento al artículo 141 del C.C.A. que a la letra dice:

"Normas Jurídicas de alcance no nacional. Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente".

No obstante se advierte que en el asunto *sub-judice* se hizo caso omiso de la aludida exigencia, circunstancia que impide el estudio del posible derecho que podría tener la actora a la indemnización reclamada".

Para resolver **SE CONSIDERA:**

1) Como la inconformidad de la parte actora se refiere a la cuantía de la pensión de invalidez, habrá de examinarse la disposición legal que la regula para los empleados públicos del territorial, con el objeto de establecer si le asiste razón a la recurrente.

El Tribunal concedió la pensión de invalidez en un porcentaje del 75% con base en lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 4 de 1966, cuyo texto expresa lo siguiente:

"A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de **Derecho Público**, serán liquidadas y pagadas tomando como base el **setenta y cinco (75%) del promedio** mensual de salarios devengados durante el **ultimo año** de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público".

Texto similar al anterior, prescribe el articulo 5 del decreto Reglamentario No. 1743 de 1966.

2) Para los empleados oficiales del orden nacional, en materia de pensión de invalidez, las disposiciones legales garantizan que a un 75% de incapacidad laboral, corresponde una pensión del 50% del último salario devengado, y si la incapacidad laboral excede el 75% sin pasar del 95%, la cuantía de la pensión será de un 75% y si la incapacidad excede el 95%, la cuantía pensional será de un ciento por ciento.

Sin embargo, esta graduación contenida en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 no está contenida en la Ley 4 de 1966, ni en sus reglamentos.

3) la Sala estima que, no es posible aplicar analógicamente las disposiciones del orden nacional, porque mientras la Ley 4 de 1966 fija la cuantía de la pensión de invalidez en un 75% del promedio mensual en el último año de servicios para los empleados territoriales, en el orden nacional se pueden tener pensiones con cuantías del 50%, del 75% y del 100% según el grado de invalidez, pero con base en el último salario devengado por el empleado, y no con el promedio del último año.

4) Como el recurrente no invocó en el *libelo* demandatorio ninguna norma que respaldara sus afirmaciones en el sentido de que, un empleado del nivel territorial tiene derecho al 100% del sueldo cuando su Incapacidad laboral alcanza este mismo porcentaje y en sentido contrario, la ley 4ª. de 1966 desvirtúa sus afirmaciones, debe concluirse que no están llamadas a prosperar las súplicas de la actora por este aspecto.

5) Para la Sala no hay duda que el accidente de trabajo tuvo ocurrencia el día 17 de febrero de 1981, y aunque la pensión de invalidez se causó en esta fecha, el Tribunal acertó cuando la decretó posteriormente a partir del día 11 de febrero de 1983, fecha de retiro definitivo del servicio de la demandante, porque así lo pidió la actora en la demanda y no es posible decretarla retroactivamente por ser esta una jurisdicción rogada, y porque el fallo debe estar en consonancia con la demanda.

SECCION SEGUNDA

Sobre la incapacidad de la actora, textualmente dijo el dictamen de Medicina del Trabajo del Ministerio del Trabajo:

"Bogotá, 6 de noviembre de 1985

Doctor
ALFONSO ROMERO CARDOZO
Secretario Sección Primera
Honorable Tribunal Administrativo
de Cundinamarca
Ciudad

Respetado doctor Romero:

Me refiero a su oficio 85-023 de fecha 15 octubre de 1985, relacionado con el proceso 84-9412 instaurado por la señorita MAYRA BARRERA BAUTISTA sobre silencio administrativo de la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá y en consecuencia, pongo en su conocimiento que, una vez realizado un estudio minucioso y exhaustivo del total informativo puesto a consideración de este Despacho y practicado un análisis a fondo de la anamnésis y de todos y cada uno de los argumentos médicos -laborales insertos en el mismo, así como también habiéndose practicado la correspondiente evaluación médica, me permito dictaminar que: **el cuadro clínico actual**, que presenta como **consecuencia,** del accidente de trabajo del que manifiesta haber sido víctima, cuadro determinado como: ESTADO DEFICITARIOS POSTCONMOCIONALES" que "SINDROME SUBJETIVO" cuadro que le determina **pérdida de la capacidad** laboral total y permanente equivalente al CIENTO POR CIENTO (100%) para todo tipo de actividad laboral remunerativa y requiere de cuidados y tratamientos médicos- clínicos permanente".

El anterior dictamen fue confirmado en términos similares, mediante oficio de 23 de febrero de 1987, por el Jefe de Medicina del Trabajo del citado Ministerio. (fl. 78)

6) Como el actor pide el pago de la indemnización como consecuencia del accidente de trabajo, además de la pensión de invalidez, conviene señalar lo siguiente:

a) la percepción de más de una asignación del tesoro público, debe estar autorizada expresamente por la ley, de acuerdo con lo dispuesto tanto en la anterior Constitución Política como en la actual.

b) El actor para pedir la indemnización por el accidente de trabajo, invoca en la demanda los artículos 17 de la constitución Política de 1886, y del Decreto 2767 de 1945, 17 de la Ley 6 de 1945, Decreto 1600 de 1945 y los Acuerdos 58 de 1958 y 44 de 1961.

Sin embargo, examinando cada una de estas normas, en ninguna de ella se prescribe que el empleado del nivel territorial cuando haya sufrido un accidente de trabajo y como consecuencia de él tenga derecho a la pensión de invalidez deba pagársele simultáneamente una indemnización.

Como la actora en alguna oportunidad ha invocado las **normas del orden nacional** para reafirmar su derecho, conviene expresar que ellas **no son aplicables en este caso**, de una parte, y de otra, porque si así fuera, el artículo 25 del decreto 1848 de 1969 prohíbe pagar simultáneamente, tanto la pensión de invalidez como la indemnización por razón del hecho generador de **la pensión**. Textualmente dice esta disposición:

> "Núm 1. No habrá lugar al pago de la indemnización establecida en el Artículo 23, en el evento de que se cause en favor del empleado el derecho a la pensión de invalidez a que se refiere el Capítulo XII de este Decreto. (Se subraya)"

c) Reiteradamente esta Sala ha dicho que no basta la invocación de una disposición abstracta consagrada en la Constitución Política como ocurre en este caso con el artículo 17 de la C.N. de 1886, porque su violación debe demostrarse con base en las normas legales que la hayan desarrollado. En este sentido, la Sala se ha pronunciado en fallos del 3 de junio de 1993, 22 de octubre de 1990, expedientes Nros. 5204 y 923 respectivamente, entre otros.

d) Conviene señalar de otra parte, que los Acuerdos del Concejo Distrital de Bogotá, números 58 de 1958 y 44 de 1961, invocados como fuente del derecho, no fueron aportados oportunamente al proceso y se adjuntaron luego de que la Fiscal 5 del Consejo de Estado, en su vista fiscal, hiciera notar la falta de ellos.

No debe olvidarse que las pruebas no pueden allegarse en cualquier momento al proceso, pues ellas deben ser aportadas en el término probatorio o en el señalado por el juez, no por un simple formalismo principalmente para que estas puedan ser controvertidas por la parte contraria.

En el presente caso por ejemplo, la entidad demandante carecería de toda oportunidad para tachar o desconocer los documentos aportados a última

hora y en forma extemporánea, violándose así el principio de la contradicción de la prueba, entre otros.

e) Como en la demanda la actora no alegó como violado el artículo 4°. de la ley 64 de 1946, modificatorio del inciso 2°. del ordinal b) del artículo 12 de la ley 6 de 1945 para pedir la indemnización por el accidente de trabajo, pero si lo invoca en el recurso, habrá de decirse que por ser ésta una jurisdicción rogada, es posible en ésta oportunidad fundar lo pedido con nuevas normas, de acuerdo a lo sostenido reiteradamente por ésta Sala en fallos del 25 de marzo exp. 5304, 18 de mayo, exp. 989 y de junio, exp. 5128, todas de 1993.

No obstante lo anterior, aún en gracia de discusión si ello se aceptara, conviene señalar que **la modificación** que en esta materia introdujo la ley 64 de 1946 al artículo 12 de la ley 6 de 1945, se refería a las prestaciones sociales pero de los **trabajadores del sector privado** y a quienes tutelaba el nuevo Instituto de los Seguros Sociales, cuestión bien distinta para el sector público, pues las prestaciones sociales de ellos se reglan por lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 6 de 1945, norma en la cual no se consagraba la indemnización que la actora ahora solicita.

Textualmente dicen estas disposiciones en su parte pertinente:

Sector Privado:

A) **Ley 6 de 1945**

Art. 12

Mientras se organiza **el seguro social obligatorio**, corresponderán al **patrono** las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, **ya sean empleados u obreros:**

a) Las indemnizaciones por accidente de trabajo en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones que el gobierno promulgue, hasta por el equivalente del salario de dos años, además de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que haya lugar, y las dos terceras partes del salario mientras tal existencia sea obligatoria, sin pasar de seis meses.

...

Ley 64 de 1946

Art. 4

Modifícase el inciso 1 del ordinal a) del artículo 12 de la ley 6 de 1945 en los siguientes términos:

a) Las indemnizaciones por accidente de trabajo en proporción al daño sufrido de conformidad con la tabla de valuación correspondientes hasta por el equivalente del salario en dos (2) años; la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que haya lugar además el salario completo, hasta por seis (6) meses.

Sector Público:

B) Art. 17 de la ley 6 de 1945:

"los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán, de las siguientes prestaciones:
...

Sobre la aplicación del artículo 12 para el sector privado y del artículo 17 para el sector público, esta Sala en fallo del 27 de noviembre de 1991, exp. 3575, dijo al respecto:

"Efectivamente, como lo expresa el actor, la ley 6ª. de 1945, reguló material laboral, aplicable, **tanto al sector privado como al sector oficial.** En efecto, la Sección Segunda de dicha ley, reguló en el **artículo 12, las prestaciones e indemnizaciones que estarían a cargo de los patronos** para con sus empleados u obreros, **entendiéndose que se refiere a las relaciones laborales del sector privado**, pues el inciso primero de dicho artículo, expresa que ellas estarán a cargo del patrono, "mientras se organiza el seguro social obligatorio", proscripciones éstas diferentes a las empleadas cuando **el artículo 17 reguló** expresamente **"las prestaciones oficiales" de que gozarán los empleados y obreros nacionales creando para el efecto, la Caja Nacional de Previsión Social, a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de tales prestaciones sociales".**

Por lo tanto, no están llamadas a prosperar los cargos que el recurrente hacer por estos aspectos.

En cuanto al pago de las mesadas pensionales con la corrección monetaria no es posible decretarla en este caso. En efecto, la jurisprudencia ha dicho que

las mesadas pensionales se reajustan anualmente con el objeto de corregir la depreciación monetaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo de 10 de agosto de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca según demanda promovida por MAYRA BARRERA BAUTISTA y mediante el cual se le confirió la pensión de invalidez (juicio No. 84-9412), con la siguiente aclaración:

La actora tiene derecho a partir del 11 de febrero de 1983 a la pensión de invalidez y al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales propias de los pensionados por invalidez, incluidas la asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica entre otras, así como al reajuste de dichas pensión según las diferentes normas expedidas sobre la materia.

La Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá, D.C., o la que haga sus veces, deducirá de las sumas que deba pagar a Mayra Barrera Bautista, los valores que ésta haya recibido por concepto de su vinculación laboral con otras entidades del sector público, en desarrollo de lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En firme la presente providencia, devuélvase al Tribunal de origen. Discutida y aprobada por la Sala en sesión nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Luis A. Lizcano Blanco, Conjuez; *Carlos Orjuela Góngora* (con salvamento de voto), *Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES NO PERIODICAS / CORRECCION MONETARIA - Liquidación (Salvamento de Voto)

Es indudable que la Sala dió un paso importante cuando acogió la tesis relacionada con el resarcimiento del perjuicio ocasionado por virtud del deterioro de la capacidad de compra de la moneda, en tratándose de condenas en dinero a favor de los demandantes, correspondientes a períodos anteriores; empero, como hasta ahora se ha limitado a los casos en que se estime que existe una suma fija o en que se pueda hacer la asimilación a la suma fija, considero indispensable dejar sentada mi opinión en el sentido de que ese criterio de acogerse integralmente, y por consiguiente aplicarlo aún tratándose de sumas mensuales no periódicas; la única diferencia es la de que debe liquidarse mes por mes. Pero el fondo doctrinario de la tesis es el mismo.

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia (Salvamento de voto)

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. 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 imposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Es indudable que la Sala dió un paso importante cuando acogió la tesis relacionada con el resarcimiento del perjuicio ocasionado por virtud del deterioro de la capacidad de compra de la moneda, en tratándose de condenas en dinero a favor de los demandantes, correspondientes a períodos anteriores; empero, como hasta ahora se ha limitado a los casos en que se estime que existe una suma fija o en que se pueda hacer la asimilación a la suma fija, considero indispensable dejar sentada mi opinión en el sentido de que ese criterio debe acogerse integralmente y por consiguiente aplicarlo aún tratándose de sumas mensuales no periódicas; la única diferencia la de que en este supuesto la corrección monetaria o el ajuste del valor debe liquidarse mes por mes pero el fondo doctrinario de la tesis es el mismo.

Ahora bien; del mismo modo, no obstante compartir en otros aspectos básicos la providencia adoptada en este proceso, me separo también 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 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 Cundínamarca".

"El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispòne:

Nadie podrá recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas 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 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 indemnizació. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tiene 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 empleo 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 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 ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no esta prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por éstas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la sentencia en cuanto se ordenan estos descuentos y se deja de aplicar la indexación.

Con todo acatamiento.

Carlos Arturo Orjuela Góngora

SINDICATO MIXTO / PURGA DE ILEGALIDAD / LEGALIDAD SOBREVINIENTE

Si bien hasta la vigencia de la reforma introducida por la Ley 50 de 1990 no se permitía la existencia de organizaciones sindicales mixtas, el carácter de norma de orden público que tiene el art. 58 de la ley en mención, purga hacia el futuro y desde su vigencia los que hasta la fecha de su vigor fueran impedimentos legales y sanea el acto por mandato del Congreso, porque la observancia general de la ley obliga a la administración y a su juez, tanto más cuando en vigencia de la norma derogada no se produjo providencia de suspensión o de anulación contra ellos ni su revocatoria, como para hacer ultractiva una prohibición luego de haber desaparecido, pero a través de un fallo judicial.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 2816. AUTORIDADES NACIONALES.- Actor: MUNICIPIO DE HONDA (TOLIMA).-

El Municipio de Honda, Departamento de Tolima, solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. 04004 del 30 de octubre de 1986 y 0309 del 18 de febrero de 1987 proferidas por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para reconocerle personería jurídica y aprobarle los estatutos al Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos del Municipio de Honda, Tolima, ordenando las anotaciones y publicaciones de rigor, la primera; y para negar el recurso de reposición ejercido en contra de aquélla, la segunda. (Fls. 6-8 y 10 -

12). A su vez solicitó como restablecimiento del derecho- "se declare que el Municipio de Honda está exonerado de todos los deberes legales impuestos por la expedición de los actos impugnados y sus antecedentes." (Fl. 16).

Se funda la demanda en la infracción de la ley (Arts. 373 y 414 del C. S. T.), la falsedad de los motivos, la expedición irregular y la desviación de las atribuciones propias (Fl. 18) porque no puede constituirse un sindicato con miembros que sean trabajadores oficiales unos y otros empleados públicos; y porque algunos de los que figuran como fundadores no estuvieron presentes en la reunión de constitución (Fl. 19).

El Ministerio del Trabajo contestó el libelo y en apoyo de los actos acusados formuló las excepciones de inepta demanda y de acumulación indebida de pretensiones (Fl. 37 y ss), bajo la misma argumentación por cuanto se trata de una acción de nulidad, pero apoyada en el artículo 85 del C. C. A., sin que se pueda ubicar a persona perjudicada. En los alegatos de instancia el ministerio reitera la legalidad de las resoluciones sustentada en los conceptos del Consejo de Estado que reprodujo parcialmente en ellos y en la vigencia del artículo 58 de la ley 50 de 1990 (Fl. 331).

La Procuradora Delegada ante el Consejo opina que la demanda debe prosperar (Fl. 333), porque el ministerio en el momento de los hechos carecía de competencia para autorizar la conformación de la organización sindical integrada por trabajadores oficiales y empleados públicos, pues sólo es aceptable a partir de la fecha de vigencia del artículo 58 de la ley 50 de 1990; luego sí existía la veda que el acto desconoció, y porque la supervención por legalidad sobreviniente que purgaría la ilegalidad no es aplicable ya que se produjeron efectos nocivos al orden jurídico procediendo su anulación para sanear el vicio que desvirtuaría su presunción de legalidad.

CONSIDERACIONES:

1. Para la Sala no procede la excepción de ineptitud de la demanda El ente territorial se predica lesionado por los actos ministeriales que reconocieron la organización sindical mixta de sus servidores y le otorgaron la personería, cuyo restablecimiento del derecho, no puede ser la negativa del derecho fundamental de asociación (Art. 38, C. N.), sino el imperio de las normas sobre la materia que puede entenderse como suficiente restablecimiento, independiente de la reparación de eventuales daños pecuniarios al municipio de los cuales no hizo mérito la demanda; pues esta jurisdicción no lo puede relevar, como empleador a patrono, *in abstractum* e *in genere* de los efectos de los convenios o laudos producidos con la organización sindical codemandada, sin que ello

impida efectuar un pronunciamiento de fondo sobre los actos ministeriales que reconocen la organización sindical.

2. El inciso 2° del artículo 164 del C. C. A., dispone que "en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada", y el artículo 267 *ídem*. que "en los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso-administrativo". A su vez, el artículo 305 del C. de P. Civil, en su inciso final, dispone que "en la sentencia se tendrán en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio."

A favor de la tesis que no permite la consideración jurisdiccional de los cambios jurídicos ocurridos entre la presentación de la demanda y el pronunciamiento del fallo, se encuentra la regla genérica de la irretroactividad de la normas legales y la vigencia de las normas estrictamente privadas, atemperada por las propias disposiciones constitucionales y legales al punto y anudada con las apreciaciones derivadas de los efectos de las conocidas como normas de orden público, de efecto general inmediato. En pro de la aplicación de las reglas modificadas pesa la consideración contenida en las normas de orden público y las procesales, -(de orden público, además)-,según las cuales los fallos no pueden ser contrarios a las normas de orden público existentes al momento de la presentación de la demanda ni a la legalidad de ese carácter vigente a la fecha del fallo, pues contienen los límites fácticos extintivos o modificatorios de los derechos litigados.

El comentado cambio de la legalidad bien puede suceder que resulte negativo o de ilegalidad sobreviniente, que conduce al decaimiento de los supuestos de derecho del acto (Art. 66 del C. C. A.); o el cambio en sentido positivo de legalidad sobreviniente, acontecido entre las fechas de la demanda y de la sentencia. Lo corriente es que la legalidad no se mude entrambas fechas pero muden los hechos. Es en cambio infrecuente la mutación del sistema jurídico entre las dos fechas, que para el juez no puede ser indiferente. Son dos fenómenos diversos y excepcionales el del decaimiento de los supuestos del derecho litigado y el de su legalidad sobreviniente.

Si por la propia voluntad del legislador en forma general los hechos jurídicos supuestos cambian, las restricciones se morigeran o desaparecen y cesan las

prohibiciones, de modo general e inmediato en reglas de orden público, y se truecan en hechos permitidos los que antes de la vigencia de la ley no podrían serlo, cuya persistencia no repugna al nuevo orden legal, y sucede la transformación jurídica entre la fecha de la demanda y la de la sentencia, es entendido que la purga del vicio proviene del propio legislador, debiendo así reconocerlo la sentencia porque el juez no puede rebelarse contra el orden público dispuesto por aquél. De modo que si en principio el acto estuviera viciado, se sanea en el cambio de la legalidad, por la voluntad del soberano expresada a través del Congreso. Sin embargo, esta tesis no puede aplicarse para desconocer con la nueva norma el precepto que confiere inmutabilidad a la cosa juzgada proferida en vigencia del antiguo orden legal.

La Sala se ha ocupado de estas asuntos recientemente. En los expedientes Nos. 5489 y 5072 con ponencia de la Consejera Dra. Dolly Pedraza de Arenas, anuló unos actos "porque sus fundamentos de derecho desaparecieron al ser sustituido el artículo 2°. de la ley 43 de 1975 por el artículo 2°., numeral 4 de la ley 91 de 1989" , y en el expediente No. 4957 con ponencia de la Consejera Dra. Clara Forero de Castro, para obrar en idéntico sentido, discurrió así: "...aunque en estricto derecho las resoluciones acusadas no serían anulables, una interpretación favorable al trabajador permite, por haber desaparecido el sustento jurídico de dichos actos administrativos declarar su nulidad y ordenar el reconocimiento del derecho reclamado", desde luego bajo la consideración imperio de la nueva legalidad, el de la juridicidad sobreviniente.

3. En la alegación de instancia el Ministerio del Trabajo aludió a la existencia del artículo 58 de la ley 50 de 1990, modificatorio del artículo 414 del C. S. T., invocándolo como defensa del acto cuestionado y en apoyo de su legalidad a *posteriori* porque permite a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos, aunque teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración; y que la Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, denomina "supervención por legalidad sobreviniente", aunque la estima inaplicable en este caso.

Si la Sala debiera fallar con prescidencia del artículo 58 de la ley 50 de 1990, la demanda estaría llamada a prosperar porque, en efecto, la legalidad existente al momento de la generación de los actos cuestionados impedían la fundación y existencia de los denominados "sindicatos mixtos" entendiendo por tales aquellos integrados por servidores públicos: empleados públicos y trabajadores oficiales.

Dicha sentencia desatendería, de un lado, que la administración, a quien no puede achacársela la dilación en la solución del litigio, oportunamente alegó la mutación legislativa y específicamente la vigencia genérica del artículo 58 de la ley 50 de 1990, con la formulación de una excepción frente a la cual el juez debe pronunciarse de conformidad con el artículo 164 del C. C. A. y 305 del C. P. C., que técnicamente corresponde a sostener la legalidad *a posteriori* del acto expedido en 1986, el cual no ha sido suspendido, ni revocado, ni revocado, es decir, pervive aún dentro de la vigencia de aquella sin serle contrario, como quiera que "está permitido a los empleadas oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales, para el ejercicio de sus funciones, actuaran teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración". Y por otra parte, que como no se trata de una regla jurídica privada sino de orden público, sería conferirle ultractividad a la norma derogada y dejar de aplicar la posterior, pues desde su vigencia informa el sistema jurídico con todos sus cambios, que la sentencia debe tener presente, por mandatos constitucionales, legales y procesales.

En consecuencia, si bien hasta la vigencia de la reforma introducida por la ley 50 de 1990 no se permitía la existencia de organizaciones sindicales mixtas, el carácter de norma de orden público que tiene el artículo 58 de la ley en mención purga hacia el futuro y desde su vigencia los que hasta la fecha de su vigor fueran impedimentos legales y sanea el acto por mandato del Congreso, porque la observancia general de la ley obliga a la administración y a su juez, tanto más cuando en vigencia de la norma derogada no se produjo providencia de suspensión o de anulación contra ellos ni su revocatoria, como para hacer ultractiva una prohibición luego de haber desaparecido, pero a través de un fallo judicial.

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

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, José Roberto Herrera Vergara, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE INVALIDEZ / SALARIO - Incompatibilidad / NOMBRAMIENTO - Revocatoria / SERVICIOS PROFESIONALES - Inexistencia / REMUNERACION - Tope

Al haberse reconocido pensión de invalidez al actor, no era física ni legalmente posible que continuara en el servicio público; lo primero, porque si se le reconoció la pensión de invalidez, precisamente por estar inhabilitado físicamente para laborar, mal puede considerarse que estaba apto para ejercer un empleo; lo segundo, porque a los médicos vinculados al ISS, no se les ha otorgado el beneficio de la compatibilidad entre pensión y sueldo. De otro lado, el actor no ejercía uno de los cargos que la ley permite desempeñar a los pensionados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6077. Autoridades Nacionales. Actor: ARMANDO CARO AGUIRRE.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de junio 14 de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso incoado por el señor Armando Caro Aguirre, con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 04631 del 19 de septiembre de 1984, 06473 del 17 de diciembre del mismo año y 01856 del 12 de abril de 1985, expedidas por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante las cuales se ordenó el retiro del actor del empleo de Médico General de la UPZ 14 Centro, Seccional de Cundinamarca, y que, como

consecuencia, "se le pague, ordenando su reintegro, las prestaciones periódicas salariales sin solución de continuidad en sus servicios hasta que sea reintegrado a la nómina del servicio médico del Instituto, a los ajustes de valor sobre el monto acumulado que por razón de mensualidades salariales se cause, sin perjuicio del derecho a ascenso en nivel salarial superior, por razón del tiempo de servicios, méritos y existencia de vacantes" (folio 16 cdno. ppal.).

El *a-quo* al denegar las súplicas de la demanda, afirmó que sí existe incompatibilidad con la asignación de pensión de invalidez y la remuneración que el actor se encontraba percibiendo en el ejercicio de su empleo de Médico General de la UPZ 14 Centro, Seccional del ISS, por razones muy obvias y que no tienen ninguna posibilidad de discusión, acorde con lo establecido en el artículo 64 de la Carta de 1886; que ambas asignaciones corresponden a fondos del erario público, con fundamento en las mismas disposiciones legales y de creación del ISS; que igualmente se comprobó en este asunto que el demandante no era funcionario que pertenecía a la carrera de la seguridad social; que el Tribunal comparte el criterio expuesto en el caso ***sub-lite*** por la agencia del Ministerio Público; que en lo atinente a la excepción propuesta por el ISS, de conformidad con la fecha de notificación de la resolución No. 1856 del 12 de abril de 1985, la acción se instauró en tiempo (fls. 131 a 138 *ibídem*).

Por su parte el actor, en el escrito de sustentación del recurso de apelación, expone las razones de inconformidad con la sentencia del *a-quo*, manifestando que hay que tener en cuenta que el artículo 64 de la Constitución Política anterior no es una normatividad sancionatoria, sino de incompatibilidad, que es una cosa jurídica distinta; que una de las excepciones que se consagra en el artículo lo. del decreto ley 1713 de 1960, es que la pensión corresponda al ramo de defensa; que la pensión que disfrutaba el demandante es de esta naturaleza; así las cosas, siendo compatibles las dos asignaciones, no podía darse por esta causa el retiro del servicio, constituyendo un desvío de poder la decisión adoptada en este asunto por el ISS; que el actor no desconoce que ambas asignaciones tengan origen en el tesoro público, pero que esta situación fáctica no puede ser causa de destitución; que el trabajo no puede ser objeto de prohibición, en los términos del artículo 17 de la Carta de 1886; que el artículo 32 del decreto ley 710 de 1978 determina la compatibilidad de asignaciones que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos; que si se acepta la percepción de asignaciones provenientes de dos cargos públicos, es implícita la compatibilidad entre dos pensiones para los casos de servicios profesionales con título universitario; que si se mira con detenimiento el literal d) del artículo lo. del decreto ley 1713 de 1960 se encuentra que existe compatibilidad entre asignación de pensión, cuando la disfrutan los miembros de las fuerzas armadas; que cuando la ley se refiere a los miembros de éstas no excluye a los civiles que integran dichas fuerzas; que el artículo 2o. de la ley 68

de 1963 define a los civiles como miembros de las fuerzas militares y que hacen parte al ramo de guerra; que por esta razón la sentencia recurrida infringe también esta ley indirectamente los artículos 27 y 28 del Código Civil; que el demandante es médico y devengaba pensión como miembro civil de las fuerzas armadas (folios 139 y 140 *ibídem*).

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto expresa que, como lo sostuvo el colaborador Fiscal del Tribunal, el poder otorgado por el actor resulta insuficiente, ya que no se facultó al apoderado para impugnar la resolución No. 06473 del 17 de diciembre de 1984, dictada por el Director General del ISS, que junto con las demás resoluciones impugnadas constituyen una unidad jurídica inescindible;que en estas condiciones se estima en principio que el caso *sub-exámine* no debe ser apto para estudio de mérito; que no obstante lo anterior, si se considera que tal circunstancia no debe tener tanta trascendencia, al entrar al análisis sobre el fondo de la cuestión, las pretensiones del libelo deben denegarse, pues según las disposiciones aplicables en el caso *sub-júdice* el ISS estaba obligado a remover del servicio al demandante, en razón de que éste se encontraba incurso en incompatibilidad, ya que gozaba de una pensión de invalidez reconocida y concedida por el Ministerio de Defensa Nacional (fls. 162 a 168 *ibídem*).

Admitido el recurso de apelación por auto de octubre 10 de 1991 (folio 146 *ibídem*), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de los actos administrativos proferidos por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante los cuales se dispuso retirar del servicio activo al señor Armando Caro Aguirre del cargo de Médico General de la UPZ 14 Centro, Seccional de Cundinamarca, fundamentándose básicamente esta decisión en la circunstancia de que el demandante se encontraba percibiendo doble asignación del tesoro público, no permitida legalmente en este asunto, ya que el Ministerio de Defensa Nacional por resolución No. 11071 del 24 de diciembre de 1975 le había otorgado pensión de invalidez, además de estar vinculado como funcionario en dicho instituto descentralizado.

Ahora bien, no obstante lo expuesto por la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo sobre la insuficiencia del poder original que fuera conferido por el señor Armando Caro Aguirre (folio 1 cdno. ppal.), por no señalar todos los actos administrativos que debían ser objeto de impugnación en la demanda, la Sala considera que dicha omisión no alcanza a generar un

pronunciamiento inhibitorio de esta jurisdicción en este asunto, pues como puede verse, la resolución No. 06473 del 17 de diciembre de 1984 (folios 4 y 5 ***ibídem***), cuya nulidad sí fue solicitada en el escrito demandatorio (folio 16 ***ibídem***), no hace cosa distinta que aclarar la resolución No. 04631 del 19 de septiembre del mismo año, en lo atinente al nombre correcto del demandante (folios 2 y 3 *ibídem*).

Respecto del fondo del asunto, la Corporación está de acuerdo con el criterio de la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en cuanto que las pretensiones del escrito introductorio no están llamadas a prosperar, razón por la cual la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictada el 14 de junio de 1991 amerita ser confirmada.

Como es de conocimiento, acorde con el artículo 64 de la Carta de 1886, aplicable en el caso *sub-júdice* para cuanto fueron proferidos los actos enjuiciados, se determina que nadie puede 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 consagren las leyes.

Los casos especiales a que alude el citado precepto constitucional, deben estar regulados de manera expresa en las normas legales pertinentes que regulan la materia, para que las personas puedan quedar excluidas de la prohibición allí establecida de percibir doble asignación del tesoro público, pues las excepciones a la regla general indicada en el artículo 64 de la Constitución Política anterior son de aplicación restrictiva.

El artículo 23, literal b), del decreto 1651 de 1977, contentivo de las normas sobre administración de personal del ISS, establece como uno de los derechos de los funcionarios de seguridad social, el de recibir asignaciones del Tesoro Público por servicios profesionales prestados hasta por dos cargos públicos, siempre y cuando los respectivos horarios lo permitan y con arreglo a lo prescrito en el citado decreto, texto normativo del cual se infiere que no se consagra compatibilidad entre sueldo y pensión para los médicos vinculados al mencionado instituto descentralizado; como tampoco se determina de lo prescrito en el literal b) del artículo 32 del decreto ley 1042 de 1978, según el cual se exceptúa de la prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público, aquellas que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de los empleos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los Ministros del Despacho, disposición que fuera invocada como violada por la parte actora en el escrito introductorio (folio 20 *ibídem*).

De otra parte, no se observa que los actos acusados hayan desconocido en este asunto los literales c) y d) del artículo lo. del decreto 1713 de 1960, mencionados en la demanda, que hacen referencia a las excepciones que provengan de asignaciones por pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre y cuando el valor conjunto de la pensión y del sueldo que devenguen por el empleo, no exceda de mil doscientos pesos ($1.200.oo) mensuales, y las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas, ya que en este caso, como acertadamente lo destaca la doctora Fiscal Quinto de la Corporación en su concepto de fondo (folio 168 *ibídem*), el demandante no tenía tal condición; pues no es dable que al empleado civil vinculado en el sector de la defensa nacional se le pueda considerar como miembro de dichas fuerzas, por lo que tampoco es aplicable el literal e) del artículo 32 del decreto 1042 de 1978, respecto de las asignaciones que con carácter de pensión o sueldo de retiro perciban antiguos miembros de las Fuerzas Armadas.

Así las cosas, acertó el Tribunal del conocimiento al denegar las pretensiones del libelo, porque frente al hecho de que el actor estaba disfrutando de una pensión de invalidez del Ministerio de Defensa Nacional, reconocida por resolución No. 11071 de 1975, y de que simultáneamente ocupaba un empleo en el ISS, lo indicado era declarar ajustada a derecho la determinación del Director de este instituto descentralizado de retirarlo del servicio, con base en las normas vigentes sobre la materia, sin que dicho retiro implicara la declaratoria de insubsistencia del nombramiento o la imposición de una sanción disciplinaria, para cuyo efecto se necesitara agotar previamente el proceso correspondiente, ya que lo que en la práctica sucedió en este asunto con dicho retiro del servicio fue la revocatoria del nombramiento, como lo analiza la agencia del Ministerio Público (folios 166 y 187 *ibídem*), instrumento jurídico viable de utilizar, como en este caso, así se trate de funcionario inscrito en la carrera, a la cual, por lo demás, no pertenecía el demandante (folios 47 y 57 *ibídem*).

En síntesis, al haberse reconocido pensión de invalidez al actor, no era física ni legalmente posible, que continuara en el servicio público; lo primero, porque si se le reconoció la pensión de invalidez, precisamente por estar inhabilitado físicamente para laborar, mal puede considerarse que estaba apto para ejercer un empleo; lo segundo, porque a los médicos vinculados al ISS, no se les ha otorgado el beneficio de la compatibilidad entre pensión y sueldo. De otro lado, el actor no ejercía uno de los cargos que la ley permite desempeñar a los pensionados.

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,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de junio de 1991, dentro del proceso instaurado por el señor Armando Caro Aguirre contra el Instituto de Seguros Sociales, en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 04631 del 19 de septiembre de 1984, 06473 del 17 de diciembre del mismo año y 01856 del 12 de abril de 1985, expedidas por el Director General de la citada entidad, mediante las cuales se ordenó el retiro del servicio activo del actor del cargo de Médico General de la UPZ Centro Seccional de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro (ausente), *Carlos Orjuela Góngora,Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ASCENSO POSTUMO - Improcedencia / ACTO MERITORIO - Inexistencia

De las pruebas relacionadas y de las demás declaraciones obrantes en la investigación, como lo dijo el Tribunal, no puede deducirse que el agente se encontraba en desarrollo de una acción de orden público, ni que hubiere realizado un acto meritorio de servicio que deba ser especialmente reconocido. El hecho de que todo el territorio de la Nación se encontrara en "estado de sitio" no presupone que el servicio urbano de vigilancia pueda considerarse como una acción de orden público. Si bien esta expresión no está definida en la ley en un entendimiento lógico, significa misión especial de restablecimiento del orden público, concepto diferente al simple patrullaje preventivo que prestaba el agente. Y en cuanto al "acto meritorio" su noción lleva implícita la idea de realización de un acto que supere el normal ejercicio del deber y que sea digno de premio de galardón, lo que según el informativo no tuvo ocurrencia, porque el homicida sorprendió al agente en un acto rutinario de servicio, como es el hacer una requisa a un transeúnte.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

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

Referencia: Expediente No. 6170 APELACION SENTENCIA Actor: ROBERTO ELIAS GUTIERREZ Y CELINA TORO DE GUTIERREZ.

SECCION SEGUNDA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes, contra la sentencia del 13 de agosto de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso instaurado por ROBERTO ELIAS GUTIERREZ Y CELINA TORO DE GUTIERREZ contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

ANTECEDENTES:

Los actores, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron al Tribunal referido las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en las siguientes disposiciones: a) Resolución 1499, expedida por el Director General de la Policía Nacional el 10 de marzo de 1988, por medio de la cual negó el ascenso póstumo del Agente RIGOBERTO GUTIERREZ TORO y el consiguiente reajuste de las prestaciones por muerte a que tienen derecho sus beneficiarios. b) Resolución 5132, expedida por el Señor Ministro de Defensa Nacional el 12 de julio de 1989, que negó el recurso de apelación interpuesto por los Interesados contra la providencia anterior.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad (solicitada) .....a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación.... para que por intermedio de la Dirección de la Policía Nacional, con cargo a su propio presupuesto, efectúe los siguientes reconocimientos:

1) Que el Agente de la Policía Nacional, RIGOBERTO GUTIERREZ TORO, muerto en las horas de la noche del día 13 de julio de 1985 en la localidad de Concepción (Santander), como consecuencia del desempeño de actos meritorios del servicio en operaciones de orden público, sea ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo de la Policía Nacional.

2) Que una vez otorgado el ascenso póstumo al Agente RIGOBERTO GUTIERREZ TORO, las prestaciones sociales a que tienen derecho sus padres...en calidad de únicos beneficiarios se reajusten y paguen en la siguiente proporción y cuantía: a) Tres (3) meses de alta por fallecimiento; b) Cuatro (4) años de sueldo como compensación por muerte; e) Cesantía doble por el tiempo servido por el causante.

TERCERA: Que el reajuste y pago de las anteriores prestaciones se efectúe.....sobre el sueldo básico que por ley le corresponda a un Cabo

2o. de la Policía en la fecha de ejecutoria de la sentencia que así lo ordene.....

CUARTA: Que de los valores que se ordene pagar como resultado de la presente gestión, se descuenten los ya pagados a mis mandantes, por el mismo concepto.

QUINTA: Que la sentencia que se profiera en el presente caso sea cumplida..... dentro del término fijado por el artículo 176 del código Contencioso Administrativo. Caso contrario ..... según lo establecido en el artículo 177 del mismo código.

SEXTA: Que se me reconozca el carácter de apoderado especial de los demandantes..... en los términos y para los efectos que tuvieron a bien conferirme y en virtud del cual actúo" (folios 7 y 8 del Cuaderno Principal).

LA SENTENCIA:

El Tribunal, en el fallo impugnado, denegó las pretensiones de la demanda, para ello aseveró que:

a) De acuerdo con los antecedentes administrativos, RIGOBERTO GUTIERREZ TORO fue muerto el 13 de julio de 1985, en las horas de la noche en el Municipio de Concepción (Santander), mientras se desempeñaba como agente de la Policía Nacional y se encontraba en comisión de servicio por motivo de las festividades de la Virgen del Carmen; su deceso "tuvo ocurrencia en actos del servicio por causa y razón del mismo", según calificación dada en la investigación administrativa correspondiente (folios 111 y 112 del Cuaderno Principal).

b) Posteriormente, los demandantes solicitaron que el Agente muerto fuera ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo y se les pagaran las prestaciones respectivas, aduciendo que había fallecido en servicio activo y en actos meritorios del mismo; dicha petición fue negada por los actos demandados (folio 111).

c) Conforme a las pruebas de la investigación administrativa, la muerte del Agente RIGOBERTO GUTIERREZ TORO ocurrió "en actos del servicio", cuando prestaba vigilancia en las festividades religiosas mencionadas, en cumplimiento del deber que le imponían las normas constitucionales y legales para la conservación del orden público interno, que resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moral pública; esa vigilancia no puede ser considerada como un acto meritorio

del servicio, digna de exaltación que le pueda significar su ascenso póstumo, pues tampoco se demostró que existiera alteración del orden público en el Municipio de Concepción (folios 112 a 115).

EL RECURSO:

El apoderado de los actores al sustentar el recurso, refiere que los artículos 120, 121 y 122 del Decreto 2063 de 1984, en su orden, regulan las prestaciones de los agentes muertos en simple actividad; en actos del servicio; y en actos meritorios del servicio; que corresponden -en criterio del libelista- a los fallecimientos en circunstancias ajenas al servicio: en accidente de trabajo o por causa de enfermedad profesional; o en actos meritorios del servicio o hallándose en acciones de orden público (folios 125 a 127).

El recurrente sostiene que la muerte del Agente RIGOBERTO GUTIERREZ se produjo como consecuencia directa del desempeño de un acto meritorio del servicio y, además, encontrándose en una acción de orden público, porque si fué comisionado para reforzar el puesto de policía de Concepción en época de unas festividades religiosas, fué porque la situación de perturbación del orden exigía una mayor presencia de la fuerza pública, ya que los insurgentes del ELN y de la Coordinadora Guerrillera Nacional estaban haciendo presencia en casi todo el Departamento de Santander y en muchas regiones del país, lo que obligó a declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República, mediante el Decreto 1038 de 1984; GUTIERREZ TORO vigilaba el desarrollo de una verbena en la plaza principal de Concepción, notó la presencia de unos sospechosos y al abordar a uno de ellos fue atacado sorpresivamente y muerto a bala por, un agresor desconocido, que no fue perseguido, según el Comandante del Puesto de Policía, por temor a una emboscada. Ello demuestra, sin lugar a dudas, aduce el libelista, que RIGOBERTO GUTIERREZ perdió la vida en un acto distinguido de valor en acción de orden público.

El apelante agrega que si el Estado considera en pie de igualdad la muerte accidental y la ocasionada por un agresor que huye y que no puede ser perseguido por temor a que la patrulla sea emboscada, ello produciría un desestímulo para actuar en situaciones de peligro, con desmedro de la protección a que tiene derecho la ciudadanía. Los ascensos póstumos del Coronel de la Policía VALDEMAR FRANKY QUINTERO y del Teniente Coronel del Ejército ROGELIO CORREA CAMPOS, que se citaron en la demanda debieron considerarse pero no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, expresando que son casos aislados independientes del proceso acá ventilado; está demostrado -concluye el *libelista* que GUTIERREZ TORO es merecedor del ascenso

póstumo a Cabo Segundo de la Policía y la sentencia apelada debe ser revocada en todas sus partes, para acceder a las pretensiones de la demanda (folios 125 a 130).

LA OPOSICION:

La apoderada de la demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones y asegura que en la investigación administrativa se acreditó que el Agente RIGOBERTO GUTIERREZ al momento de su muerte cumplía una misión normal del servicio, cual era realizar un patrullaje dentro del perímetro urbano del municipio de Concepción, en función eminentemente preventiva, con el fin de controlar las festividades de la Virgen del Carmen en las que no dejan de presentarse disturbios debido al uso abusivo de bebidas alcohólicas., el refuerzo del puesto de Policía de Concepción no tuvo razones de orden público, como sostiene el recurrente: en el caso de los uniformados no está consagrada la modalidad de accidente de trabajo, sino la muerte en actos del servicio, y por haber ocurrido la muerte del agente en actos del servicio se indemnizó a sus beneficiarios; que conforme a las circunstancias de modo, tiempo y lugar como ocurrieron los hechos, éste no realizó ningún acto meritorio, ni cumplía una misión de orden público; lo anterior la lleva a solicitar que se confirme la sentencia apelada (folios 134 a 136).

El Ministerio Público se abstuvo de conceptuar. Surtido el trámite de Ley y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas, las siguientes.

CONSIDERACIONES:

A los actores como beneficiarios del Agente RIGOBERTO GUTIERREZ se les reconoció las prestaciones de que trata el artículo 121 del Decreto 2063 de 1984, por muerte del agente "en actos del servicio", mediante Resolución 3660 de 10 de julio de 1986, de la Dirección General de la Policía Nacional (folios 82 y 83 del Cuaderno de Antecedentes).

Dichos beneficiarios solicitaron el ascenso póstumo del Agente GUTIERREZ TORO, alegando que éste fue muerto en el desempeño de actos meritorios del servicio, en operaciones de orden público. Esta pretensión fue negada por la Dirección General de la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional, mediante las resoluciones cuya nulidad se demanda en este proceso (folios 1 a 18 del Cuaderno Principal).

La situación planteada en la demanda está reglada por el artículo 122 del Decreto 2063 de 1984, que dispone: "Muerte en actos meritorios del servicio.

SECCION SEGUNDA

Durante la vigencia del presente estatuto, el Agente de la Policía Nacional que muera en servicio activo y en actos meritorios del servicio o encontrándose en acciones de orden público o por razón de combate o conflicto internacional, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, cualquiera que fuere el tiempo de servicio. Además, sus beneficiarios ....tendrán derecho a las siguientes prestaciones: a).....; b)....., c).....".

La procedencia de las pretensiones aludidas según el artículo 123 *ibídem* depende de lo acreditado en la investigación administrativa adelantada por el Departamento de Policía de Santander para determinar las circunstancias del fallecimiento del causante; de esa investigación pueden resaltarse las siguientes pruebas:

a) El informe del Comandante de la Subestación de Policía de Concepción, según el cual la muerte del Agente RIGOBERTO GUTIERREZ fué ocasionada cuando se encontraba, con el Agente JULIO ERNESTO MAYORGA, realizando patrullaje dentro del perímetro urbano de esa población, "reforzando las festividades de LA VIRGEN DEL CARMEN" (folio 7 del Cuaderno de Antecedentes);

b) El testimonio del Agente JULIO ERNESTO MAYORGA, herido en una pierna por el homicida de RIGOBERTO GUTIERREZ, quien relató que éste fué agredido por la espalda con un disparo en la cabeza, por el acompañante de un sospechoso requerido por GUTIERREZ (folio 25).

c) La declaración del particular JEREMIAS ORTIZ, el único que aceptó haber sido testigo de los hechos, quien expresó que al Agente GUTIERREZ le disparó un "GUSTAVO", sin más identificación, cerca del parque principal de Concepción (folio 18).

d) La autopsia y el levantamiento del cadáver de RIGOBERTO GUTIERREZ que confirman lo expuesto por estos dos testimonios (folios 26 a 28 del Cuaderno de Antecedentes);

De las pruebas relacionadas y de las demás declaraciones obrantes en la investigación, como lo dijo el Tribunal, no puede deducirse que el agente se encontraba en desarrollo de una acción de orden público, ni que hubiere realizado un acto meritorio de servicio que deba ser especialmente reconocido.

El hecho de que todo el territorio de la Nación se encontrara en "estado de sitio" no presupone que el servicio urbano de vigilancia pueda considerarse como "una acción de orden público". Si bien esta expresión no está definida en la ley, en un entendimiento lógico, significa misión especial de restablecimiento

del orden público, concepto diferente al simple patrullaje preventivo que prestaba el agente.

Y en cuanto al "acto meritorio" su noción lleva implícita la idea de la realización de un acto que supere el normal ejercicio del deber y que sea digno de premio o galardón, lo que según el informativo no tuvo ocurrencia, porque el homicida sorprendió al agente en un acto rutinario de servicio, como es el de hacer una requisa a un transeúnte.

En estas condiciones, la declaratoria del Comandante del Departamento de Policía Santander, en cuanto a que el fallecimiento del Agente GUTIERREZ "tuvo ocurrencia en actos del servicio por causa y razón del mismo", tiene pleno respaldo probatorio (folios 40 y 41 *ibídem*).

De otra parte, los ascensos póstumos del Coronel de la Policía VALDEMAR FRANKY QUINTERO y del Teniente Coronel del Ejército ROGELIO CORREA CAMPOS, quienes fallecieron en otras circunstancias, no pueden tomarse como una prueba ni como un antecedente que lleve a acceder a las pretensiones, pues se trata de hechos diferentes que nada tienen que ver con el debatido en este expediente.

Por estas razones, estima la Sala que las resoluciones demandadas no tienen los vicios que denuncia la demanda y que el Tribunal denegó las súplicas de los actores conforme a derecho.

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

F A L L A:

CONFIRMASE la sentencia del trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por ROBERTO ELIAS GUTIERREZ y CELINA TORO DE GUTIERREZ, contra la Nación Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión del dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

SECCION SEGUNDA

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYAN / GERENTE - Incompatibilidades / ALCALDE / PARENTESCO / GERENTE / REMOCION - Procedencia

La remoción del actor no buscó fin distinto a subsanar la incompatibilidad existente en el gerente por ser pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad, del Alcalde en ejercicio que, como tal, era miembro de la junta directiva. La situación se solucionó, por otra parte, como lo ordena el artículo 161 del Código de Régimen Municipal, modificando la elección del gerente que se hizo contraviniendo la ley, cuando su pariente ya era alcalde electo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 6297. Asuntos Municipales. Apelación Sentencia. Actor: JOSE G. SILVA RIVIERE.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia del 11 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el proceso instaurado por JOSE GABRIEL SILVA RIVIERE contra la sociedad "Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A."

SECCION SEGUNDA

ANTECEDENTES:

El actor, mediante apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. hoy denominada de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal mencionado hacer las siguientes declaraciones:

"**PRIMERA**: Son nulas las Resoluciones Nros. 002 de 26 de enero de 1989, contenida en el acta No. 031 de esa fecha y correspondiente a la reunión de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A., y la Resolución No. 003 del 24 de febrero de 1989, contenida en el Acta No. 032 de la reunión de la Asamblea General de Accionistas de la misma sociedad de esa fecha, que ratificó lo resuelto en la inicialmente citada y que implicó el retiro de la gerencia de la misma sociedad del ingeniero José Gabriel Silva Riviere, cargo para el que había sido designado por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad en mención según consta en el Acta de la reunión efectuada el 31 de marzo de 1988, nombramiento correspondiente al período estatutario comprendido entre el 1°. de abril de 1988 y el 31 de marzo de 1990. Actos administrativos que produjeron plenos efectos jurídicos respecto del ingeniero Silva Riviere a partir del 7 de febrero de 1989 fecha en que por disposición de las mismas y en particular del Presidente de la Asamblea, sr. Alcalde Municipal de Popayán, debió hacer dejación del cargo."

"**SEGUNDO**: Que como consecuencia de la nulidad precedente ordene el reintegro del ingeniero Silva Riviere, al cargo de GERENTE de la sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A."

"**TERCERO**: Que la sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A reconocerá y pagará al señor Ingeniero Silva Riviere ....todos los sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones sociales, aumentos, reajustes y demás retribuciones dejados de percibir por el demandante, desde el día de su retiro del cargo por efecto de los actos anulados, hasta el día en que efectivamente sea reintegrado al mismo cargo"

"**CUARTO**: Para los efectos de la liquidación..... de sus prestaciones sociales, el tiempo a que se refiere él punto anterior, se considerará como tiempo efectivo de servicio.

"**QUINTO**: La sociedad demandada, pagará las costas del presente proceso" (folios 137 y 138 del Cuaderno Principal)

Refiere el libelo que: La sociedad "Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A." es una sociedad anónima, en la cual poseen más del 90% de sus acciones el Municipio de Popayán y otras entidades oficiales, razón por la cual es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado; el actor ejerció como gerente de esa sociedad, ininterrumpidamente, del 1°. de agosto de 1983 al 6 de febrero de 1989; la Asamblea General de Accionistas lo reeligió, el 30 de marzo de 1988, para el período estatutario del 1°. de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990; en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, realizada el 26 de enero de 1989 y contenida en el Acta 031 de esa fecha, el Alcalde Municipal de Popayán SEBASTIAN SILVA IRAGORRI, como Presidente de dicha Asamblea, puso a consideración y aprobó la Resolución No. 002 de esa Asamblea, del mismo día, mediante la cual modificó la elección del gerente de la sociedad, JOSE GABRIEL SILVA RIVIERE, y designó a JOSE MANUEL CASTRILLON MUÑOZ, facultándolo para tomar posesión del empleo en interinidad, mientras acreditaba los requisitos exigidos para ese cargo, pese a que éste es hermano de RODRIGO CASTRILLON MUÑOZ, miembro de la Junta Directiva de la Empresa.

Agrega la demanda que: Esa determinación se sustentó en la incompatibilidad en que se hallaba el actor para ejercer dicha gerencia, por sus lazos de consanguinidad con el Alcalde de Popayán, pese a que éste no había intervenido en la elección de SILVA RIVIERE y se tomó sin existir *quorum* decisorio en la mencionada Asamblea por el retiro de los demás accionistas, excepto el señor OSCAR ALIRIO SANCHEZ, que representaba a FETRACAUCA sin poder. Dice además que el acta correspondiente es ineficaz, porque no la suscribió el Secretario General de la Sociedad, CRISTIAN PAZ VALENCIA, por no ceñirse a lo expresado en tal Asamblea, dando lugar a que el señor Alcalde designara un secretario *ad-hoc* para que la firmara, razón por la cual la Cámara de Comercio del Cauca se abstuvo de registrar la designación de JOSE MANUEL CASTRILLON, conforme a comunicación enviada al señor Alcalde el 13 de febrero de 1989.

Asevera también el actor, que: a la Asamblea del 26 de enero de 1989 asistió el ingeniero RODRIGO CASTRILLON, en carácter de miembro de la Junta Directiva de la Sociedad, pese a que se consignó en el acta que le había sido aceptada la renuncia, en esa fecha; los fundamentos de la Resolución No. 002 de ese día, no corresponden a las facultades de la Asamblea de Accionistas; al designarse reemplazo del actor a una persona que no acreditó reunir los requisitos mínimos para ocupar ese empleo, señalados en los Estatutos, no puede predicarse que primó el criterio del mejoramiento del servicio y, por ello, se presentó una desviación de poder.

SECCION SEGUNDA

LA SENTENCIA:

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda, luego de analizar los sucesos controvertidos en tres aspectos, así:

1o. Las irregularidades del Acta 031 del 26 de enero de 1989, esto es el incumplimiento de los requisitos consagrados en los artículos 189 y 431 del Código de Comercio, para la elaboración de las actas de asambleas generales de socios, no tienen la virtud de producir efectos sobre las decisiones adoptadas por la asamblea general, ya que es la ley la que dispone en que casos tales decisiones son ineficaces; el artículo 190 *Idem,* precisa los eventos en que dichas decisiones son ineficaces o nulas, por omisión de requisitos de fondo; de tal manera que la inobservancia de requisitos formales, como el hecho de que el secretario de la sociedad no firmara el acta, por negarse a hacerlo y la suscribiera un secretario *ad-hoc,* no incide en las decisiones tomadas por la asamblea, respecto de las cuales el acta sólo es prueba documental.

2o. La inexistencia de *quorum* decisorio en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas realizada el 26 de enero de 1989, aducida por el actor, al asegurar que con el retiro de casi todos los accionistas sólo quedó legalmente representado el Municipio de Popayán, porque quien votó por la Federación de Trabajadores del Cauca "FETRECAUCA" lo hizo en ejercicio de un poder que no estaba legalmente conferido, la descartó el Tribunal afirmando que el señor OSCAR ALIRIO SANCHEZ actuó en dicha Asamblea mediante autorización dirigida a la misma, por el Presidente y representante legal de FETRECAUCA, que aunque no tiene fecha es válida, porque como lo refiere el oficio J-02483 del 21 de febrero de 1972 de la Superintendencia de Sociedades, la fecha de un mandato es un aspecto enteramente secundario. mientras se sepa a ciencia cierta a que reunión alude, máxime si las decisiones adoptadas ese 26 de enero fueron ratificadas en la Asamblea del 24 de febrero de 1989, en la cual participó personalmente el representante legal de FETRECAUCA. Además, según el Código de Comercio en materia de representación se presume la buena fe, aún la exenta de culpa (art. 835) y se exonera al representante legal de acreditar su calidad, salvo que un tercero le exija justificar sus poderes (art. 837), a más de que faculta sólo al accionista para rescindir lo actuado por su representante (art. 838). Concluyó así que el señor SANCHEZ actuó legalmente en representación de FETRECAUCA en la Asamblea cuestionada.

De acuerdo con los artículos 427 del Código de Comercio, 34 y 35 de los estatutos de la sociedad, el *quorum* para deliberar lo constituye un número plural de personas que represente la mayoría absoluta de las acciones suscritas y el *quorum* decisorio se hará con el 70% de las acciones presentes en la reunión. Como el Municipio de Popayán (propietario del 94.65% de las acciones

de la sociedad) y FETRACAUCA (que tiene una acción) votaron la Resolución No. 002, sí hubo *quorum* decisorio, en la Asamblea del 26 de enero de 1989.

3o. La desviación de poder y la destitución alegadas por el actor, originadas en que los fundamentos de la Resolución No. 002 impugnada debieron ser determinados por la Procuraduría y que los mismos constituyen una formulación implícita de cargos, las negó el *a-quo* expresando que la desviación de poder es una figura según la cual una autoridad dicta un acto para el cual la ley le otorga competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador y que esta finalidad ajena al interés general debe probarse; que como se discute la insubsistencia tácita del demandante, todos los argumentos deben orientarse a demostrar la ilegalidad de dicha desvinculación; la Procuraduría tiene competencia para investigar lo relativo al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas directivas y representantes legales de las entidades descentralizadas (artículo 163 del Decreto 1333 de 1988), pero esta atribución nada tiene que ver, con la decisión de la sociedad demandada de modificar la elección del actor, quien había sido reelegido el 30 de marzo de 1988, cuando estaba inhabilitado para su nombramiento, por el parentesco de consanguinidad que lo une con el Alcalde Popular elegido el 13 de ese mes; esa decisión está reglada por el artículo 31 (inciso 4°.) de la ley 11 de 1986 y por ello, la sociedad mencionada sólo modificó una elección violatoria de claras normas legales, actuación a todas luces legal y que no es destitución.

El Tribunal, finalmente, destacó que la demanda fue encaminada por el actor a aspectos puramente formales, que en ningún momento pueden generar la nulidad de que trata el artículo 899 del Código de Comercio, guardando absoluto silencio en relación con el aspecto de fondo en que se basó el acto impugnado (folio 343 a 360 del Cuaderno Principal).

EL RECURSO:

El apoderado del actor al sustentar la apelación, manifestó que la acción se basó en dos aspectos esenciales, el de haberse expedido el acto sin el lleno del *quorum* plural legal y reglamentario y la desviación de poder, producto de motivaciones ocultas diferentes de las expresadas en el acto impugnado.

Asevera el recurrente que el voto depositado a nombre de FETRECAUCA no sólo era anulable, sino inexistente, porque el poder correspondiente fue otorgado por Fax, sin estar acreditada la existencia y representación legal de ese ente sindical, a más de que el mandante no era el representante legal de FETRECAUCA; agrega que la participación del Ingeniero BENJAMIN CASTRILLON MUÑOZ, como miembro activo de la junta

directiva de la sociedad, en la Asamblea impugnada, está suficientemente demostrada con los cassettes que grabaron esa reunión, aunque en forma inexplicable luego de la designación de su hermano JOSE MANUEL CASTRILLON MUÑOZ como gerente, que sería nula por la intervención del primero de ellos a causa de la inhabilidad, aparezca ahora que el ingeniero BENJAMIN CASTRILLON había renunciado como miembro de esa junta y había sido reemplazado por persona diferente, con anterioridad a la susodicha Asamblea.

El apoderado del demandante cita al tratadista Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ para afirmar que los actos expedidos sin seguir las reglas o el procedimiento señalado por la ley son anulables y que las irregularidades del acto acusado no son simples informalidades subsanables, sino verdaderas causales de nulidad.

Respecto de la desviación de poder, sostiene el libelista que el alegado grado de parentesco entre el Alcalde y el actor no se probó ni fue considerado por mucho tiempo por el Alcalde, quien se había posesionado poco después de la reelección como gerente de aquél,por un período similar al del burgomaestre, el 30 de marzo de 1988, pues el Alcalde cuestionó la incompatibilidad referida sólo cuando el actor se negó a trasladar recursos económicos de la sociedad al municipio, que carecía de crédito y "pasaba afugias inmensas". por el desgreño administrativo del Alcalde, como lo relatan categóricamente los doctores CONSTAIN GONZALEZ y CRISTIAN PAZ (folios 365 a 367 *ibídem*).

El Ministerio Público no conceptuó en esta segunda instancia.

Agotado el trámite legal y no observándose causal de nulidad procesal se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata de establecer si la ausencia de *quorum* decisorio y la desviación de poder, aducidos por el recurrente, tuvieron ocurrencia en el caso *sub-lite*.

En relación con la actuación de OSCAR ALIRIO SANCHEZ, en la Asamblea de accionistas del 26 de enero de 1989, a nombre de FETRECAUCA. observa la Sala que: JOSE DARIO DELGADO, como Presidente del comité ejecutivo de esa organización sindical era el representante legal de dicha Federación, según constancia expedida por el Secretario General de FETRECAUCA y las Actas 030 y 032, que corresponden a las Asambleas Generales de Accionistas de la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A., de 30 de marzo de 1988 y 24 de febrero de 1989; de manera que si el

poder presentado por OSCAR ALIRIO SANCHEZ en la Asamblea del 26 de enero de 1989, fue otorgado por JOSE DARIO DELGADO, no tiene razón el recurrente al afirmar que el poder fue conferido por quien no era representante legal. Por otra parte la falta de fecha de la reunión en el mandato, no puede considerarse como causal de nulidad o ineficacia, no sólo por lo expuesto en el oficio J-02483 del 21 de febrero de 1972, de la Superintendencia Seccional de Sociedades (transcrito en la sentencia recurrida folio 356), según el cual el señalamiento de fecha (de la asamblea) es enteramente secundario en relación con el fin u objeto principal para el cual se confiere el mandato sino porque éste se complementó con el oficio del Secretario General de FETRECAUCA en el que se reiteró la representación y se precisó la fecha de la Asamblea, además de que dicho poder fue aceptado en la reunión por la Superintendente Seccional de Sociedades sin objeción alguna (folios 123, 131, 187, 201, 214 a 216 y 356, cuaderno principal).

En relación con la desviación de poder, en que se dice incurrió la Asamblea al desvincular de la gerencia aludida al actor, la Sala observa:

1.- El Alcalde SEBASTIAN SILVA IRAGORRI, en la primera reunión de Junta Directiva de la Sociedad en que intervino, del 30 de diciembre de 1988, así como en la primera Asamblea de Accionistas en que participó, del 26 de enero de 1989, planteó la incompatibilidad legal y estatutaria, según la cual su primo hermano JOSE GABRIEL SILVA no podía ser gerente de tal sociedad, por ser el Alcalde SILVA miembro de su junta directiva (folios 123 a 134, 175, 188 a 190 del Cuaderno Principal; 61 del Cuaderno de pruebas).

2.- No se ve entonces que el acto se hubiera proferido "por motivaciones ocultas", ni que se hubiere perseguido finalidad ilegítima, ya que la remoción del actor no buscó fin distinto a subsanar la incompatibilidad existente en el gerente por ser pariente. dentro del cuarto grado de consanguinidad, del Alcalde en ejercicio que, como tal, era miembro de la junta directiva. La situación se solucionó, por otra parte, como lo ordena el artículo 161 del Código de Régimen Municipal, modificando la elección del gerente que se hizo contraviniendo la ley, cuando su pariente ya era alcalde electo.

El demandante debió desvirtuar el hecho del parentesco, demostrando que no era cierto que estuviera dentro del cuarto grado de consanguinidad con el alcalde como lo afirma la Resolución 002, pero ni siquiera niega esta circunstancia y menos la desvirtúa sino que ataca el acto alegando informalidades del Acta 031 correspondiente a la Asamblea de Accionistas en la que se tomó la decisión, informalidades que como bien lo anotó el Tribunal, no inciden en la validez de su remoción, pues solamente se trata de un documento que prueba la decisión administrativa y del sentido de ésta no aparece duda alguna.

En tal virtud, el Tribunal acertó al denegar las súplicas de la demanda y por ello debe confirmarse la sentencia recurrida.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en este proceso, instaurado por JOSE GABRIEL SILVA RIVIERE contra la Sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna,Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL / DERECHO DE POSTULACION / PERIODO JUDICIAL / SOLUCION DE CONTINUIDAD

No habiéndose respetado en el caso *sub-lite* por el Tribunal el derecho del actor a que su nombre fuera considerado por esta corporación judicial para su reelección en el empleo que venia desempeñando, como lo anota la agencia del Ministerio Público, como restablecimiento del derecho se ordenará, en virtud a que se encuentre vencido el respectivo período judicial dentro del cual el nombre del demandante ha debido ser postulado, el pago de los sueldos prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha en la cual se posesionó el reemplazo, hasta el último día del resto del período para el cual tenía derecho a postularse el nombre del actor para su reelección; además que no hubo solución de continuidad en la prestación de sus servicios hasta la última fecha mencionada.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6786. Autoridades Nacionales. Actor: AQUILINO ZAMBRANO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante y por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca contra la sentencia del 7 de febrero de 1992, proferida por la citada corporación judicial.

SECCION SEGUNDA

ANTECEDENTES:

Mediante apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Aquilíno Zambrano Pareja solicitó a dicho Tribunal la nulidad del acuerdo No. 08 del 8 de marzo de 1990, proferido por el Tribunal Superior de Cali, mediante el cual se designo en propiedad a la doctora Esperanza Rodríguez A., como Juez Cuarto Penal de Menores de Cali.

Como consecuencia de lo anterior, pidío el reintegro al mencionado cargo, o a uno de la misma clasificación o de superior jerarquía; que se condene a la Nación a pagar los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que dejó de laborar hasta el día en que sea reincorporado al respectivo empleo; que para efectos de liquidación de las prestaciones sociales y de la pensión de jubilación, cuando a ésta haya lugar, se entenderá que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios; que la Nación deberá reparar el daño moral que se le causo con la decisión adoptada por el Tribunal Superior,los cuales se tasan en 1000 gramos de oro fino; que la Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia; que todo pago se imputará primero a intereses (folios 23 y 24 cdno. ppal.)

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal por decisión mayoritaria denegó las súplicas del escrito demandatorio (folios 88 a 98 *ibídem*).

Manifiesto el *a-quo* en el fallo recurrido que en este asunto se pidio la nulidad del acuerdo No. 008 del 8 de marzo de 1990 en cuanto hace relación con la designación en propiedad del reemplazo del actor como Juez Penal Cuarto de Menores de Cali, por el resto del período constitucional 1989-1991; que en el caso *sub-lite* es posible que la decisión que adopto el Tribunal Superior de no considerar el nombre del demandante para su reelección hubiese estado viciada por las circunstancias que se indican en el libelo, ya que se aprecia que en estricto rigor legal el motivo aludido por la corporación nominadora para no tomar en consideración el nombre del actor no estaba de acuerdo con la verdad ni fáctica ni legal, pero de ahí a sostener que tales vicios puedan invalidar el nombramiento del reemplazo 8610 sería procedente si realmente el actor legalmente hubiera tenido derecho a la reeleccion mencionada; que no hay ninguna norma vigente que consagre el derecho de reelección para el funcionario que encontrándose inscrito en la carrera judicial se le hubiera vencido su período constitucional; que por ende, los funcionarios inscritos en carrera judicial al vencimiento del período tienen vocación para ser reelegidos siempre y cuando su comportamiento y rendimiento sean satisfactorias además hubieran aprobado el correspondiente concurso; que el funcionario que esté en dicha situación

tiene derecho a que su nombre sea considerado en el momento de la elección, en desarrollo de la expectativa que tiene a una posible reelección, pero no a que sea elegidos ya que ello no se deduce del articulo 51 del decreto 052 de 1987; que como en el caso *sub-judice* no se cuestionó en la demanda la decisión adoptada por el Tribunal Superior de no reelegir al demandante, no es dable analizar su legalidad so pretexto de revisar la legalidad del acto del nombramiento enjuiciado; que como contra el acto denombramiento específicamente no se señalo ningún vicio, necesariamente la presunción de legalidad que sobre él recae deberá permanecer incólume; que debe sin embargo aclararse que aún en el evento de que se hubiera logrado desvirtuar la. presunción de legalidad del acuerdo No. 008, respecto del nombramiento recaído en la doctora Esperanza Rodríguez Arévalo, no hubiera surgido como consecuencia alguna clase de restablecimiento para el actor por cuanto a éste solo le asistía el derecho a que su nombre fuera tomado en consideración por tratarse de un funcionario adscrito en carrera, pero no tenía derecho a ser elegido con exclusión de los demás participantes del concurso y además porque a la fecha del nombramiento del reemplazo del demandante su período estaba más que vencido, tal como se determina del acervo probatorio.

LOS RECURSOS DE APELACION

I) El señor Fiscal Tercero del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 103 a 105 *ibídem*) solicita se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones del escrito demandatorio, manifestando que se debe destacar en este asunto los planteamientos sostenidos por la agencia del Ministerio Público en su concepto Fiscal No. 129 de noviembre 8 de 1991 (folios. 80 a 86 *ibídem*), los cuales conservan su esencia y fundamento frente a lo expuesto en el fallo recurrido; que en el caso *sub-judice* la autoridad nominadora se abstuvo de postular la candidatura del actor, no obstante haber este superado las exigencias legales para el efecto y adquirido tal vocación, aduciendo el Tribunal Superior hechos que como se probaron no se ajustan a la realidad y desconociendo lo que ha dicho el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de los artículos 12 del decreto 546 de 1971 y 138 del decreto 1660 de 1978, compendiado en el salvamento de voto a la sentencia del *a-quo* (folios 99 a 102 *ibídem*).

II) La parte actora en el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 112 a 119 *ibídem*)expresa que el acto administrativo acusado es el resultado final de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Cali; que en el acta No. 8 de 1990 consta los motivos que llevaron a esta corporación para no reelegir y ni siquiera considerar el nombre del demandante para postularlo; que de tal forma es dicho acuerdo el acto objeto de acción judicial y no aquellos

antecedentes que se tuvieron en cuenta para no reelegírlo; que la referida acta tuvo como fundamento motivos diferentes al buen servicio, base de la carrera judicial, ya que no se consideró el nombre del demandante alegando hechos falsos; que por lo tanto, esta es la prueba de la clara desviación de poder que se configuró en el caso *subjúdice*; que acorde con el acervo probatorio allegado al proceso se llega a la conclusión que el nombramiento del reemplazo del accionante se realizo con clara violación por parte del Tribunal Superior de Cali, de las normas vigentes de la carrera judicial, causándole con ellos graves perjuicios morales y económicos; que no es posible entender como esa corporación judicial encargada de velar por la majestad de la justicia, parta de un hecho falso para no reelegir al actor; que el demandante no había cumplido la edad correspondiente para tener derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación y todavía está muy lejos de la edad de retiro forzoso; que al accionaste le asiste el derecho para ser reelegido en el cargo que por cinco períodos consecutivos ocupo, además por haber obtenido el segundo puntaje, no haber sido sancionado durante su larga trayectoria judicial y no encontrarse en edad de retiro forzoso; que en el caso *sub-examine* se designo a la doctora Rodríguez Arévalo que ni siquiera se encontraba inscrita para concursar para los empleos de Jueces Penales de Menores del Círculo de Cali; que este nombramiento no es un acto discrecional del Tribunal Superior, ni de ningún órgano de la justicia,porque es un acto reglado que se dirige hacía la recta administración de justicia.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Novena del Consejo de Estado expresa en su concepto (folios 127 a 132 *ibídem*). que la sentencia apelada debe revocarse, pues existe plena prueba del error de hecho y de derecho, en el cual incurrió el Tribunal nominador "al no postular para reelección al demandante, por lo que debe anularse el acuerdo No. 08 acusado; que como restablecimiento del derecho se le deben pagar al accionante los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir por la actuación ilegal entre la fecha en que se posesionó el reemplazo hasta el último día del resto del período para el cual tenía derecho a postularse el nombre del demandante para la reelección y además que se declare que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio; que la Agencia del Ministerio Público comparte los planteamientos que se hacen en el salvamento de voto en la primera instancia; que el artículo 228 de la nueva Constitución Política,establece el imperativo para la administración de Justicia de que prevalezca el derecho sustantivo; que en este asunto el *a-quo* consideró que el motivo aludido por el Tribunal Superior para no tomar en consideración el nombre del demandante no estaba de acuerdo con la verdad fáctica ni legal; que la anterior circunstancia está enmarcada en los vicios que lesionan los actos administrativos como es la falsa motivación, lo que es demostrativo de que en este asunto la parte actora

desvirtuó la presunción de legalidad que amparaba la actividad administrativa enjuiciada.

Admitido el recurso de apelación mediante auto del 4 de mayo de 1992 (folio 125 *ibídem*), cumplido el trámite de rigor de la segunda instancia, y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Aparece en el proceso que el demandante se desempeño como Juez de la República durante varios años (folios 10 a 22 cdno. ppal. y 29 a 42 cdno No. 2); que el último cargo que ocupó dentro de la Rama Jurisdiccional fue el de Juez Cuarto Penal de menores de Cali (folio 13 cdno. ppal.); que fué inscrito en la carrera judicial por resolución No. 011 del 12 de octubre de 1988 dictada por el, Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Valle del Cauca para los Jueces que fueron designados en propiedad por el Tribunal Superior de Cali para el resto del período que se inició el 1° de septiembre de 1987 (folios 20 y 21 cdno. No. 2); que para el período judicial que se inició el 1° de septiembre de 1989 al 31 de agosto de 1991 el actor ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles aprobada por el Tribunal Superior de Cali en Sala Plena para el cargo de Juez Penal de Menores del Distrito Judicial de Cali, obteniendo dentro de la correspondiente convocatoria para el concurso una calificación de 57 puntos (folio 3 cdno. ppal.).

Así las cosas, de conformidad con los documentos aportados al proceso, se determina que para el momento de la desvinculación del servicio, el demandante desempeñaba el empleo de Juez Cuarto Penal de menores de Cali, dentro de un período para el cual no había sido designado, razón por la que no le asistía derecho a la estabilidad relativa en el cargo que ocupaba para el período comprendido entre el 1° de septiembre de 1989 y el 31 de agosto de 1991.

No obstante lo anterior, como lo ha expresado la Sala en otras oportunidades, en situaciones como en la que se encontraba el actor, tenía derecho a que su nombre fuera tenido en cuenta por el Tribunal Superior cuando éste hizo las elecciones correspondientes para el citado período.

Sin embargo , como consta en el acta No. 8 del 8 de marzo de 1990 del Tribunal Superior de Cali, esta corporación judicial no postuló al demandante para el cargo de Juez Cuarto Penal de Menores que venía desempeñando, derecho que le asistía.

SECCION SEGUNDA

En dicha acta se manifiesta:

"La Presidencia de la Sala Penal manifestó que en virtud del tiempo de servicio y estar pronto a cumplir la edad de retiro no se hacia la postulación del doctor AQUILINO ZAMBRANO titular del Juzgado 4° Penal de, Menores.

La 2a. vuelta, por la Doctora Esperanza Rodríguez de Arévalo fué solicitado en oportunidad por el Presidente de la Sala Penal." (folio 6 cdno. No.2).

A folio 16 *ibídem* se encuentra la certificación de la Notaria Unica Titular del Circulo de San Pablo, acorde con la cual el actor nació el 10 de diciembre de 1935, es decir, que para el momento en que éste fue retirado del servicio no contaba siquiera con 55 años de edad, circunstancia que no constituía impedimento para su reelección, sí así lo hubiera decidido el Tribunal - Superior, una vez el nombre del demandante se hubiera postulado.

Ahora bien como consecuencia de las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal Superior, de Cali para no postular el nombre del demandante se produjo la designación de su reemplazo (folios 2 cdno. ppal. y 10 cdno. No.2), cuyo acto administrativo que la contiene fuera impugnado por la parte actora en el libelo, el cual vino a implicar la desvinculación del servicio del señor Aquilino Zambrano Pareja del cargo que ejercía cuando la señora Esperanza Rodríguez Arévalo tomo posesión como Juez Cuarto Penal de Menores de Cali el 16 de abril de 1990, razón por la cual resultaba suficiente en este asunto acusar el acuerdo No. 8 de marzo 8 de 1990, como se hizo en el escrito demandatorío.

Por ende, no habiéndose respetado en el caso *sub-lite* por el Tribunal Superior de Cali el derecho del actor a que su nombre fuera considerado por esta corporación judicial para su reelección en el empleo que venía desempeñando, como lo anota la agencia del Ministerio Público, como restablecimiento del derecho se ordenará, en virtud a que se encuentra vencido el respectivo período judicial dentro del cual el nombre del demandante ha debido ser postulado, el pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir entre el 16 de abril de 1990, fecha en la cual se posesión el reemplazo, hasta el 31 de agosto de 1991, último día del resto del período para el cual tenía derecho a postularse el nombre del actor para su reelección además que no hubo solución de continuidad en la prestación de sus servicios hasta la última fecha mencionada.

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

FALLA :

1°) Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 7 de febrero de 1992, dentro del proceso instaurado por el señor AQUILINO ZAMBRANO PAREJA.

2°) Declárase la nulidad del acuerdo No. 08 del 8 de marzo de 1990, expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en cuanto designó a la doctora Esperanza Rodríguez Arévalo en el empleo que desempeñaba el actor.

3°) Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, condánase a la Nación a pagar al señor Aquilino Zambrano Pareja el valor de todos los sueldos, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se produjo su retiro del servicio hasta el 31 de agosto de 1991.

4°) Declárase que no ha existido solución de continuidad entre la fecha del retiro del servicio del demandante y el 31 de agosto de 1991.

5°) De esa suma deberá descontarse, en aplicación del artículo 64 de la Constitución Política vigente para la época en que fue proferido el acto acusado, lo que el señor Aquilino Zambrano Pareja hubiere percibido por los mismos conceptos del Tesoro Público, o de empresas industriales o instituciones en que tenga parte principal el Estado, durante el referido tiempo.

6°) La Nación dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del articulo 176 del C.C.A.

Copiese, notifiquese, y devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la sala en sesión celebrase el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, (aclara voto)*; Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de Voto)

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 publico" u otra asignación que provenga del "Tesoro Publicó", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto legal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la Jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos: y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto ,constitucional ni consignada en esos términos en la ley.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

A LA SENTENCIA DICTADA EL 15 DE DICIEMBRE DE 1993 EN EL JUICIO No. 6786.- AUTORIDADES MUNICIPALES.- Actor: AQUILINO ZAMBRANO PAREJA.-

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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 otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 64 (hoy el 128) de la Constitución Nacional,

En efecto para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condenen 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 vinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que prevenga de "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir 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 habla 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 correctivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro de la caja de previsión social de Cundinamarca."
>
> "El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:
>
> Nadie podrá recibir mas de una asignación que prevenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales las leyes. Entidades por tesoro público en el de la Nación, los departamentos y los municipios".
>
> "La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir mas de una asignación Erario Público; pero esa prohibición por ser tal no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan las condiciones de ser análogas puesto que, en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de las prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibiciones 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 en condena a cargo en entidad oficial obligada pagarle la indemnización moratorio conforme al artículo 1° del Decreto 797 de 1949, cuando el mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente por relación legal 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 legal 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 No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríquez R, marzo 11/87; de igual Manera, en el exp. 29629, Ponente: R. Magistrada Dra. Alba Liz Mossos G., junio 5/84; en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa 5, octubre 15/85 y posteriormente ha sido Mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá.).

Dichos planteamientos son validos en frente de la redacción de la nueva norma constitucional (art 129).

De otro lado es lo cierto que existe forma 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 esta prevista de esta manera en el texto constitucionalidad ni consignada en esos términos en la ley.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA /PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA - Improcedencia

Como por virtud de la sentencia C-345 de agosto 26 de 1993,proferida por la Corte Constitucional, fue declarado inexequible el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988, "en cuanto modifica" los artículos 131 del numeral 6o. literal b), inciso 2°. y 132 numeral 6o., inciso 3o.. parte final del Código Contencioso Administrativo y habida cuenta de que los incisos declarados inexequibles establecían un forma excepcional de determinación de la cuantía en los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando el acto controvertido implicaba retiro del servicio debe acudirse a las reglas generales del mismo artículo literales a) y b), en concordancia con el art. 20 del Código de Procedimiento Civil, para la determinación de la cuantía que, conforme al inciso primero, es la que determina la competencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado para este tipo de procesos. De acuerdo con lo anterior, en el caso *sub-judice* la cuantía del negocio se determina entonces por los emolumentos que se pretenden según la demanda, desde cuando se causaron hasta su presentación. Para la fecha de presentación de la demanda los tribunales administrativos conocían en única instancia de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando la cuantía no excedía de 980.000.oo, razón por la cual el proceso es de única instancia.

EXP. - 8598

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA / PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA - Improcedencia

Como por virtud de la sentencia C-345 de agosto 26 de 1993, proferida por la Corte Constitucional, fue declarado inexequibleel artículo 2o. del Decreto 597 de 1988, "en cuanto modidifica los artículos 131 numeral 6o. literal b), inciso 2o. y 132 numeral 6o., inciso 3o., parte final del Código Contencioso Administrativo y habida cuenta de que los incisos declarados inexequibles establecían una forma excepcional de determinación de la cuantía en los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando el acto controvertido implicaba retiro del servicio debe acudirse a las reglas generales del mismo artículo, literales a) y b), en concordancia con el art. 20 del Código de Procedimiento Civil, para la determinación de la cuantía que, conforme al inciso primero, es la que determina la competencia de los tribunales Administrativos y del Consejo de Estado para este tipo de procesos. De acuerdo con lo anterior, en el caso *sub-judice* la cuantía del negocio se determina entonces por los emolumentos que se pretenden según la demanda, desde cuando se causaron hasta su presentación. Para la fecha de presentación de la demanda los tribunales administrativos conocían en única instancia de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando la cuantía no exceda de $980.000.oo, razón por la cual el proceso es de única instancia.

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo- Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente 8598. RECURSO DE QUEJA. Actor: FABIO LLANO LLANO

Se decide el recurso de queja presentado por la parte actora contra el auto de 11 de junio- de 1993, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Quindío negó el recurso de apelación Interpuesto contra la sentencia de 18 de mayo de 1993.

Consideró el Tribunal que, habida cuenta de que se cuestiona un acto de retiro del servicio y siendo la última, asignación de] actor la suma de 589.300, de acuerdo con el artículo 131, numeral 60, literal inciso 20 del C.C.A., el proceso es de única instancia.

SECCION SEGUNDA

Frente a los argumentos del recurrente relacionados con el principio de la doble instancia consagrado en el artículo 31 de la Carta Política, dijo el Tribunal que dicha norma también consagró excepciones y que ellas están contenidas en las normas del Código Contencioso Administrativo antes citadas.

El recurrente, por si parte alega que existen fundamentos de carácter consititucional (arts. 13, 29, 31 y 22,) para solicitar que la norma procesal del Código Contencioso Administrativo sobre los asuntos de única instancia cediera en su aplicación, reconociendo la primacía del derecho sustancial.

Agrega que no es justo ni jurídico que ante hechos iguales e igualmente demostrados se produzcan sentencias opuestas por razones que tienen origen en la cuantía,pues quienes tienen acceso a la doble instancia por haber devengado un sueldo mayor, tienen la posibilidad de obtener una sentencia favorable y quienes devengan sueldos inferiores queden expuestos a que sean denegados sus derechos.

Dice reiterar la pregunta formulada en el memorial de apelación acerca de qué pasaría si gozan de ese privilegio obtienen sentencia diferente a la de los que no la tienen,tratándose de los mismos hechos y pruebas y cuestiona cual seria la certeza jurídica ante sentencias contradictorias en casos similares o iguales.

Concluye diciendo que la única manera de hacer eficaces los derechos fundamentales invocados y de obtener conocimiento del derecho sustancial es que la regla de procedimiento ceda con el fin no sacrificar tales derechos ante menores requisitos de forma.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Los planteamientos hechos por la parte recurrente, han sido objeto de pronunciamiento de la Sala, en siguientes términos:

> "Es relevante anotar, en primer término, que dentro de la organización jurisdiccional del Estado la diferenciación de los procesos con base al *"quantum"* de las pretensiones para, determinar las instancias ha sido un factor de ordenamiento de la actividad, de especial instancia atribuyendo el conocimiento de..aquellos entre los distintos niveles con fundamento en éste. Es evidente que dentro de un rango de intereses y valores y de relatividad de las cosas, la igualdad implica ciertamente un juicio relacional, no puede desconocerse que algunos procesos tienen desde este punto de vista una mayor trascendencia de significación que otros, y difieren dentro

de unos supuestos de comparabilidad, no son los mismos ni iguales los intereses en conflicto.

"Sin embargo, este criterio de diferenciación o mejor de igualación no implica necesariamente una discriminación de las personas o la desprotecciónde sus derechos, ni puede entenderse en tal sentido; las múltiples cuestiones y conflictos jurídicos, dentro de su amplia gama de matices y características, han impuesto cada vez más una división y especialización por su naturaleza y contenido, lo que implica a su vez una distribución ponderada y racional de las labores con base en factores de distinta índole, entre ellos la cuantía, como determinante de las dos instancias. Pero este criterio no tiene ***per se*** un carácter discriminatorio, ni significa como lo pretende el actor un trato desigual que vulnere el principio.

"La igualdad, es ciertamente, un juicio de comparación entre dos o más supuestos, cosas o personas, implica la conformidad de una cosa con otra y un juicio que recae sobre la pluralidad de componentes donde la base común de comparabilidad es llamada por los lógicos "*tertium comparationis*" o criterio para establecer cuándo una diferencia es relevante o discriminatoria. Hay algunas que están especialmente prohibidas por ser contrarias a la dignidad humana, adviértase el artículo 13 de la Constitución, entre otras se justifican plenamente para promover el ideal de justicia que la misma reclama. Así que la igualdad que proclama la norma no es necesariamente el igualitarismo total y absoluto dentro de un mundo que se caracteriza precisamente por las diferencias y desigualdades de toda índole, a las cuales no puede substraerse el ideal de justicia. Dice a este respecto Angel Latorre en su "Introducción al Derecho": 'Es en efecto un error considerar la justicia como un conjunto de principios estéticos. una sociedad que encierra, en su seno creencias, tendencias nuevas que afloran, corrientes antiguas que resisten, desequilibrios que manifiestan a tráves de diversas concepciones queno siempre son plenamente conscientes y claras. El análisis de la idea de justicia en una sociedad determinada ha de tener en cuenta este carácter complejo y dinámico que tiene en cada momento".

".....

"De otra parte,la propia Carta al establecer el principio general del artículo 31, consagra también las excepciones al mismo, las que defiere regular a la ley, y las que trae e. C.C.A., no son contrarias a su ordenamiento. Desde luego, que en aplicación del mismo y no todas las sentencias pueden

ser apeladas y tienen consulta y pese a que son principios es claro que ésta sólo es dable cuando se cumple para su procedencia.

"La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de tales excepciones y en providencia de 9 de noviembre de 1992 en ponencia de la Doctora CLARA FORERO DE CASTRO ha dicho que esas excepciones ya están consagradas; no resultan contrarias a las disposiciones constitucionales y mientras no se expidan otras que las modifiquen siguen gobernando la distribución de competencias en lo contencioso administrativo'." (Auto de jun. 22/93. Cons. Pon. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora. Exp. 7775).

Procede entonces la Sala a examinar si de acuerdo con la cuantía el proceso es de única o de doble instancia.

Como por virtud de la sentencia C-345 de agosto 26 de 1993, proferida por la Corte Constitucional, fue declarado inexequible el articulo 2 del decreto 597 de 1988, "en cuanto modificó" los artículos 131 numeral 6° -literal b), inciso 2° y 132 numeral 6°, inciso 3° parte final final del Código Contencioso Administrativo y habida cuenta de que los incisos declarados inexequibles establecían una norma excepcional de determinación de la cuantía en los procesos de restablecimiento del derecho- de carácter laboral, cuando el acto controvertido implicaba retiro del servicio, debe acudirse a las reglas generales del mismo artículo, literales a) y b), en concordancia con el artículo 20 del C. de Procedimiento Civil para la determinación de la cuantía que, conforme al inciso primero, es la que determina la competencia de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado para este tipo de procesos.

De acuerdo con lo anterior, en el caso *sub-judice* la cuantía del negocio se determina entonces por los emolumentos que se pretenden según la demanda, desde cuando se causaron hasta su presentación, de la siguiente manera:

Fecha de retiro del cargo: 13 de febrero de 1992

Fecha de presentación de la demanda: 12 de junio de 1992

Tiempo transcurrido: 3 meses 29 días

Ultimo sueldo a la fecha del retiro:	$39.300
Salarios reclamados:	$354.223.33
Cesantía:	$29.518.61

Prima de Navidad:	$29.518.61
Prima de Servicios:	$14.759.30
TOTAL:	$4284019.85

Para la fecha de presentación de la demanda los Tribunales administrativos conocían en única instancia de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral cuando la cuantía no excedía de $'980.000.oo, razón por la cual el proceso es de única instancia,y por lo tanto, el Tribunal tuvo razón al denegar el recurso de apelación.

En consecuencia, la Sala

RE S U E L V E:

DECLARASE BIEN DENEGADO el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 20 de mayo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (Salvó voto), *Alvaro Lecompte Luna* (Salvó voto), *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA / ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO (Salvamento de Voto)

Si la inconstitucionalidad decretada por la Corte Constitucional versó alrededor de la competencia de los procesos promovidos contra actos que impliquen retiro del servicio, de conocimiento de los tribunales administrativos en única instancia, quedaran los mismos gobernados por las normas que rigen los procesos de primera instancia. En otras palabras, en estos momentos ha de considerarse, sin excepción alguna, que esos procesos son de primera instancia y que por ello, es procedente la apelación.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ALVARO LECOMPTE LUNA

Con el habitual respeto hacia el criterio de la distinguida mayoría de la Sala, el suscrito salvamento en este asunto por lo siguiente:

1.) La sentencia de 26 de agosto de 1993, proferida por la honorable Corte Constitucional, declaró inexequible el artículo 2o. del decreto 597 de 1988, en cuanto modificó el artículo 131, numeral 6o., literal b) inciso segundo del C.C.A. cuyo tenor era el siguiente:

> "Sin embargo, 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 ochenta mil pesos (80.000.oo)."

2.) Igualmente la mencionada sentencia de la honorable Corte Constitucional declaró "inexequible el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988, en

cuanto modífico el artículo 132, numeral 6o., inciso 3o., parte final, del Código Contencioso Administrativo, que decía:

> "Cuando la asignación mensual correspondiente al cargo exceda de ochenta mil pesos ($80.000.oo)".

3.) Resulta entonces, en opinión del suscrito, que si la inconstitucionalidad decretada por dicha Corte versó alrededor de la competencia de los procesos promovidos contra actos que impliquen retiro del servicio (como en el caso en estudio), de conocimiento de los tribunales administrativos en única instancia, quedarían los mismos gobernados por las normas que rigen los proceso de primera instancia. En otras palabras, en estos momentos ha de considerarse, sin excepción alguna, que esos proceso son de primera instancia y que, por ello, es procedente la apelación.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha: *ut supra*

ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO/PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA (Salvamento de Voto)

La sentencia de inexequibilidad de agosto 26 de 1993 respecto de los artículos 131 y 132 de; C.C.A., afectó la totalidad del tercer inciso -numeral 6o. de la primera disposición-, y sólo la frase final del inciso tercero -numeral 6o. de la segunda norma, no pudiéndose en consecuencia por vía de interpretación, pretender dejar sin vigencia una norma que no ha sido derogada ni declarada contraria a la Constitución Política. La competencia para conocer de los actos que implíquén retiro del servicio es de los Tribunales Administrativos en primera instancia, como consecuencia de la aplicación del tercer inciso -numeral 6o. del precitado artículo. 132.

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo- Sección segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. 8598 Recurso de Queja. Actor: FABIO LLANO LLANO.

Con mi usual respeto, Salvé mi voto en la decisión adoptada en el presente proceso, por las siguientes breves razones:

1a. La sentencia de inexequibilidad de agosto 26 de 1993 respecto de los artículos 131 y 132 del C.C.A., afectó la totalidad del tercer inciso - numeral 6o. de la primera disposición, y sólo la frase final del inciso tercero -numeral,- 6o. de la segunda norma, no pudiéndose en consecuencia por vía de interpretación, pretender dejar sin vigencia una norma que no ha sido derogada ni declarada contraria a la Constitución Política.

2a. Lo anterior, determina que da competencia para, conocer de los actos que impliquen retiro del servicio es de los Tribunales Administrativos en primera instancia, como consecuencia de la aplicación del tercer inciso -numeral 6o. del, precitado artículo 132, que sin su frase final declarada inexequible, queda del siguiente tenor:

"...Art. 132. En Primera instancia.- Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:

.....

6o. De los de restablecimiento del derecho de carácter laboral, de que trata el numeral 6o. del artículo 131, cuando la cuantía exceda de quinientos mil pesos ($500.000).

En este caso, la cuantía se determinará en la forma prevista en los ordinales a) y b) de la misma norma.

Sin embargo, de los procesos en los cuales se controviertan actos que impliquen destitución declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, que conocerán los tribunale administrativos en primera instancia".

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1993

	PAGINA
ADRIANA CONSTANZA NIÑO DURAN	998
ALFREDO CASTILLO LEAL	956
ANA YOLANDA SEPULVEDA ROJAS	693
ANGEL MARIA RODRIGUEZ R.	1448
ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO	1044
ANTONIO JOSE NAVARRO WOLFF	777
AQUILINO ZAMBRANO	1577
ARMANDO CARO AGUIRRE	1555
ARMANDO NOVOA GARCIA Y OTROS	656
ARTURO SANCHEZ HERNANDEZ	1497
BERNARDO RAMON MENDOZA ARRIETA	1143
BETTY DIANA HERNANDEZ DE PARDO Y OTROS	1231
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA - COMFAMA	1324
CAMILO ALVARO GONZALEZ PACHECO	591
CAMILO ALVARO GONZALEZ PACHECO	987
CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON	802
CARLOS EDUARDO NARANJO FLOREZ	847
CARLOS GALINDO PINILLA Y OTROS	106
CIRO ALFONSO PAEZ ACEVEDO	859
COMPAÑIA COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DE MANUFACTURAS Y REPRESENTACIONES Y SERVICIOS - CIMARES	1051
COMPAÑIA DE SEGUROS PATRIA S.A. - COLPATRIA Y OTROS	173, 195
CUPERTINO FAJARDO HURTADO	1301
DANIEL GARCIA MARTINEZ	747
DIEGO HERNAN RINCON GOMEZ	946
DIEGO LEON CESPEDES SOLANO	562

	PAGINA
DORIS MERCEDES PRADA CASTILLO	1294
DURAN ROA CARVAJAL	1204
EDGAR PIÑEROS RUBIO	1133
EDGAR REYES OROZCO	1277, 1284
EMPERATRIZ PERDOMO	1377
EMPERATRIZ ROPERO AVELLA	900
ESTEBAN ALVAREZ VELANDIA	1159
FABIO LLANO LLANO	1589, 1596
FERNANDO GONZALEZ CIFUENTES	78, 83, 85
FERNANDO LUIS MARTINEZ MENDEZ	133
FERNANDO MARTINEZ MENDEZ	270
GERARDO DE JESUS ARCILA TOBON	1443
GERMAN ALFONSO OLIVEROS CASTRO	608
GERMAN ALFONSO OLIVEROS CASTRO	1096
GERMAN MEJIA GIRALDO	1197
GILBERTO JULIAN AGUIRRE BENAVIDES	1519
GLORIA DEL ROSARIO NEIRA	1490
GRACIELA FONTALVO HERRERA	1503
GUILLERMO ALBERTO REVELO OBANDO. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES	1253
HEBERTH HURTADO GARCIA	1179
HECTOR HELI ROJAS HERNANDEZ	1351
HECTOR MANUEL BARRAGAN COLLAZOS	114
HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL	919
HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL	909
HELMER DE JESUS BETANCOURTH Y OTRO	1345
HERNANDO BURITICA ROJAS	1471
HORACIO DE JESUS GOMEZ Y OTROS	1482
HUGO CASTAÑO HERNANDEZ	925
HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA	613
IGNACIO CASTILLA CASTILLA	1361
JAIME HORTA DIAZ	1186
JESUS ERNESTO HUERFANO CAGUA	1422
JESUS MARIA CARRILLO B.	648
JESUS VALLEJO MEJIA	1069
JESUS VALLEJO MEJIA	754
JORGE ENRIQUE CHARRIS ATENCIO. ASUNTOS MUNICIPALES	1395
JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY	554
JORGE NOEL BARRETO RODRIGUEZ	1307
JORGE RAMON ELIAS NADER Y OTROS	278

	PAGINA
JOSE LENIN STRUSBERG	727
JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ	1437
JOSE JAVIER SERNA BARBOSA	716
JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ	600, 604
JOSE ANTONIO GALAN Y OTRO	1523
JOSE CIPRIANO LEON C.	759
JOSE G. SILVA RIVIERE	1569
JOSE JAMES CHAVES MUÑOZ	811
JOSE MARIA ARCILA GARCIA	1465
JOSEF NAMEN GORAYEB	215, 247, 253, 255, 259, 261, 266
JOSUE PALOMA PARRA	1272
LADDY MARIA GONZALEZ SEVILLANO	1245
LAGO MAR EL PEÑON S.A.	1387
LUIS FERNANDO VERGARA CASTRO	1530
LUIS ANTONIO RAMOS HEREDIA	1163
LUIS CARLOS SACHICA APONTE	1005
LUIS EDUARDO CASTRO MONTES	1214
LUZ BETTY ACOSTA GUZMAN	783
MANUEL SANCHEZ	1238
MARIA AMALIA CASAS RESTREPO	618
MARIA CONSUELO TRUJILLO GARCIA	839
MARIA EUGENIA MANTILLA GUTIERREZ	964
MARIA NORA CIFUENTES RICO	1264
MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ Y OTROS	935
MARIA TERESA GARCES LLOREDA	571
MARICEL CRUZ MORENO	853
MARTHA CECILIA MENA MORENO	583
MARTHA CECILIA ZAPATA HERNANDEZ	1222
MAYRA BARRERA BAUTISTA	1537
MIGUEL ALVARO RODRIGUEZ REBOLLEDO	1034
MUNICIPIO DE HONDA (TOLIMA)	1549
MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO	1038
NORBERTO ECHEVERRY OSORIO	1373
ORLANDO CARDENAS SANABRIA	888
OSCAR QUINTERO HERNANDEZ	1153
PEDRO A. RIVERA Y CIA. LTDA.	682
PEDRO NEL HERRERA GARCIA	697
PEDRO SIMON VARGAS SAENZ	1085
PERSONERO MUNICIPAL DE MADRID	125, 131
PERSONERO MUNICIPAL DE MADRID (Cund.)	101
PIZZA HUT. INC.	867

	PAGINA
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	13, 30, 32, 34, 38, 40, 45, 59, 61, 63, 64, 67, 69, 71, 88, 96, 198
PROMOTORA DE TURISMO DEL PACIFICO LTDA.	706
RAFAEL DE JESUS MONTANTES MORANTES	807
REYNALDO JOSE APONTE ENCISO	827
ROBERTO ELIAS GUTIERREZ Y CELINA TORO DE GUTIERREZ	1561
RODRIGO DE JESUS ALVAREZ BEDOYA	203, 211
SAMUEL RAMOS HERRERA. ACTOS DEPARTAMENTALES	1335
SAUL GIRALDO GARCIA	637
SEGUNDO AYALA SANTAMARIA	1416
SEGURIDAD GUERRA LTDA.	970
SILVIO ROSERO PEREZ	168
SOCIEDAD HERNANDO ARTUNDUAGA PAREDES E HIJOS	138
SOCIEDAD INVERSIONES DE SIMLA S.A.	789, 793
SOCIEDAD LABORATORIOS ASOMECO LTDA.	630
SOCIEDAD PROAUTOS LTDA.	1122
SOCIEDAD SEGURIDAD EXPRESS LTDA.	735
SOCIEDAD LABORATORIOS ASOMECO LTDA.	820
STELLA VARGAS DE ABRIL	662
SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A. - SUMICOL -	1320
TOBIAS IVAN POSSO POSSO. AUTORIDADES NACIONALES	1172
TRANSITO SANCHEZ ARGUELLO	1406, 1413
UNIVERSIDAD DE PAMPLONA	1514
UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA	1240
VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO Y ANILSA CAICEDO SALAZAR	1014

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1993

INDICE TEMATICO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TEMA	PAGINA
A	
ACCION DE LA PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Titularidad	11
ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Informalidad	44
ACCION ELECTORAL (Salvamento de Voto)	95
ACCION PUBLICA DE LA INVESTIDURA	270
ACCIONES POPULARES	77
ACCIONES POPULARES (Salvamento de Voto)	83, 85
ACLARACION SENTENCIA - Causales	198
ACTO DE EXCLUSION DE LA PROPUESTA	137
ACTO MERCANTIL (Salvamento de Voto)	195
ACUMULACION DE PROCESOS - Rechazo	133
ADJUDICACION DEL CONTRATO	137

TEMA	PAGINA
C	
CARGO PRIVADO	12, 44
CARGO PRIVADO (Aclaración de Voto)	59, 64
CARGO PRIVADO (Salvamento de Voto	36
CESION DE DERECHOS - Improcedencia	172
COADYUVANTE (Aclaración de Voto)	40
COLPUERTOS - Naturaleza Jurídica (Salvamento de Voto)	195
COMPETENCIA	11, 87, 202
COMPETENCIA (Salvamento de Voto)	34, 38, 83, 85, 195, 211
CONDENA EN COSTAS - Improcedencia	167
CONFLICTO DE COMPETENCIAS	101, 125
CONFLICTO DE COMPETENCIAS (Aclaración de Voto)	131
CONGRESISTA	11, 202
CONGRESISTA - Incompatibilidades	12, 44, 214, 215
CONGRESISTA - Incompatibilidades (Salvamento de Voto)	95
CONGRESISTA - Incompatibilidades (Aclaración de Voto)	59, 64
CONGRESISTA - Inhabilidades	88, 203
CONGRESISTA - Inhabilidades (Salvamento de Voto)	95, 96
CONSEJO DE ESTADO	11, 87, 202
CONSEJO DE ESTADO (Salvamento de Voto)	34, 38
CONTRATO	215
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incompatibilidad (Salvamento de Voto)	160
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incompatibilidades	136
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Inconveniencia (Salvamento de Voto)	160
CONTRATO DE SEGURO	172
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (Aclaración de Voto)	69
COSA JUZGADA - Mutabilidad	113
D	
DEMANDA - Inadmisión (Salvamento de Voto)	83, 85
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Aclaración de Voto)	40
DOCUMENTO FALSO	114

TEMA	PAGINA
E	
EDAD DE RETIRO FORZOSO	106
EMPLEO DE ELECCION POPULAR - Inexistencia	203
EMPLEO PRIVADO	214
F	
FALTA APLICACION - Inexistencia	172
I	
IGUALDAD ANTE LA LEY	136
IGUALDAD DE LOS PROPONENTES	137
IMPEDIMENTO MORAL (Salvamento de Voto)	160
IMPEDIMENTO MORAL - Improcedencia	136
INCIDENTES - Oportunidad	133
INTERPUESTA PERSONA	215
INTERVENCION DE TERCEROS	270
INTERVENCION DE TERCEROS (Aclaración de Voto)	42
INVESTIDURA DE TERCEROS	71
IRREGULARIDAD PROCESAL	113, 137
J	
JUEZ - Interpretación (Salvamento de Voto)	160
JURISPRUDENCIA ORDINARIA (Salvamento de Voto)	195

TEMA	PAGINA
L	
LEGITIMACION PROCESAL	11, 45
LEY ESPECIAL	172
M	
MORAL (Salvamento de Voto)	160
N	
NORMA CONSTITUCIONAL (Aclaración de Voto)	69
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal	77
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal (Aclaración de Voto)	32, 67
NORMA CONSTITUCIONAL Desarrollo Legal (Salvamento de Voto)	34, 38, 83, 85
NOTARIOS	106
NULIDAD DE LA SENTENCIA	113
P	
PARTES - Representación	11, 45
PERDIDA DE LA INVESTIDURA	11, 12, 71, 133, 167, 198, 202, 203, 214, 274
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales	88
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales (Aclaración de Voto)	30
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales (Salvamento de Voto)	36
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Improcedencia (Aclaración de Voto)	59

TEMA	PAGINA
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Improcedencia (Salvamento de Voto)	95
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Naturaleza	87, 270
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento	270
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento (Aclaración de Voto)	30, 32, 40, 42, 67,
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento (Salvamento de Voto)	34, 38
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite	44, 87
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite (Aclaración de Voto)	61
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite (Salvamento de Voto)	56, 211
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Vigencia (Salvamento de Voto)	96
PERSONA JURIDICA	136
PERSONA NATURAL	136
PERSONERO MUNICIPAL - Facultades	101, 125
PERSONERO MUNICIPAL - Facultades (Aclaración de Voto)	131
PODER DISCIPLINARIO PREFERENCIAL	101, 125
PODER DISCIPLINARIO PREFERENCIAL (Aclaración de Voto)	131
POLIZA DE SEGURO	172
POTESTAD REGLAMENTARIA	106
PRESUNCION DE LEGALIDAD	137
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	113, 136
PROCEDIMIENTO ESPECIAL - Inexistencia (Salvamento de Voto)	211
PROCEDIMIENTO ORDINARIO	87
PROCESO DE DESINVESTIDURA	11
PROCESO DE DESINVESTIDURA - Objeto	11
PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite (Aclaración de Voto)	69
PROCESO DISCIPLINARIO	101, 125
PROCESO DISCIPLINARIO (Aclaración de Voto)	131
PROCESO ORDINARIO	202
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Funciones	11, 45
PROCURADURIA PROVINCIAL - Facultades	101, 125
PROCURADURIA PROVINCIAL Facultades (Aclaración de Voto)	131

TEMA	PAGINA
PROPUESTA DE CONTRATO	137
PRUEBA DE OFICIO - Improcedencia (Aclaración de Voto)	61, 69
R	
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Trámite	172
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales	113, 114
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Objeto	113
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia	106
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia (Salvamento de Voto)	160
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica	136
S	
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Improcedencia	202
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	87, 202
SALA PLENA (Salvamento de Voto)	34, 38
SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO (Salvamento de Voto)	211
SALVAMENTO DE VOTO	198
SANCION PENAL	88
SANCION PENAL (Aclaración de Voto)	30
SEGURO AUTOMATICO	172
SENTENCIA PENAL (Aclaración de Voto)	30
SERVIDOR PUBLICO	215
SOCIEDAD - Representación	214
SUBROGACION	172
SUSTRACCION DE MATERIA	274

TEMA	PAGINA
T	
TESTAFERRO	215
TRANSITO CONSTITUCIONAL (Salvamento de Voto)	96
V	
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY	172

TEMA **PAGINA**

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

ACCION DISCIPLINARIA 473
ACEPTACION 448
ACTO COMPLEJO 494
ACTO JURISDICCIONAL 391
ADMINISTRACION DE ADUANAS - Facultades 510
ALCALDE - Facultades 431
ANALOGIA - Improcedencia 524
APORTE PARAFISCAL 524
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Autorización 431
ASCENSOS MILITARES 494
AUDITOR - Funciones 430
AUDITOR DE GUERRA SUPERIOR - Requisitos 524
AUDITORIA 430
AUDITORIA - Estructura 430
AUTONOMIA PRESUPUESTAL 430, 431
AUXILIO DE CESANTIA 319

B

BANCO DE LA REPUBLICA 415
BANCO DE LA REPUBLICA - Funciones 401
BANCO NACIONAL - Liquidación 334

C

CADUCIDAD 381, 473
CADUCIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA DE MUERTE 370
CALZADO Y VESTIDO DE LABOR 354
CAMARA DE COMERCIO 533
CARRERA ADMINISTRATIVA 298, 364
CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción 296

TEMA	PAGINA
CESANTIA - Liquidación	319
CESANTIAS - Pago	304
CESION DEL CONTRATO POR CAUSA DE MUERTE - Improcedencia	370
COMISION CONSTITUCIONAL PERMANENTE	415
COMPETENCIA	334,342
CONCEJO DISTRITAL - Autorización	431
CONCEJO MUNICIPAL - Autorización	431
CONCEPTO - Improcedencia	391
CONCILIACION	410
CONGRESISTA	448
CONGRESISTA - Incompatibilidades	287
CONGRESISTA - Incompatibilidades (Salvamento de Voto)	292
CONGRESO	342
CONGRESO - Facultades	430
CONGRESO DE LA REPUBLICA	391
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades	415
CONSEJO DE ESTADO	334
CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Facultades	342
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Facultades (Aclaración de Voto)	445
CONTRALOR DISTRITAL - Facultades (Aclaración de Voto)	445
CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades (Aclaración de Voto)	445
CONTRALOR MUNICIPAL - Facultades (Aclaración de Voto)	445
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL	431
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Facultades (Aclaración de Voto)	441
CONTRALORIA DISTRITAL	431
CONTRALORIA DISTRITAL - Facultades (Aclaración de Voto)	441
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	430
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades	381,453
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Funciones	533
CONTRALORIA MUNICIPAL	431
CONTRALORIA MUNICIPAL - Facultades (Aclaración de Voto)	441
CONTRALORIAS	431
CONTRATACION DIRECTA	283

TEMA	PAGINA
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Celebración (Aclaración de Voto)	445
CONTRATO DE CONCESION DE RADIODIFUSION SONORA	370
CONTRATO PARA LA ADQUISICION DE MATERIAL PARA GUERRA O RESERVADO - Inexistencia	283
CONTRATOS - Celebración	431
CONTRATOS - Celebración (Aclaración de Voto)	441
CONTROL FISCAL	381, 430
CONTROL FISCAL - Improcedencia	533
CONTROL POSTERIOR	381
CONTROL PRESUPUESTAL	453
CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO	319
CORPORACION DE FERIAS Y EXPOSICIONES - Naturaleza Jurídica	337
CUENTA ADICIONAL	510

D

DECAIMIENTO DEL ACTO	319
DECRETO REGLAMENTARIO	296, 298
DERECHO PREFERENCIAL	540
DERECHOS ADQUIRIDOS	319, 540
DESCUENTO TRIBUTARIO	424
DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES - Reestructuración	364
DIRECTOR	481
DIRECTOR (Salvamento de Voto)	292
DIRECTOR - Nombramiento	500
DIRECTOR EMPLEADO PUBLICO	287
DOCENTE DE CATEDRA - Improcedencia	354
DRI	453

E

ECOPETROL	376
ELECTRIFICADORAS (Salvamento de Voto)	292

TEMA	PAGINA
ELECTRIFICADORAS - Naturaleza Jurídica	287
ELECTRIFICADORAS - Régimen Aplicable	287
EMPLEADO ADMINISTRATIVO	354
EMPLEADO OFICIAL	354, 540
EMPLEADO PUBLICO	329, 391
EMPLEADO PUBLICO - Régimen Salarial	304
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	337
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	287, 481
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Régimen Jurídico	481
ESTATUTOS - Reforma	337
F	
FACTOR SALARIAL	524
FISCALIZACION	304
FONDO NACIONAL DEL AHORRO - Funciones	304
FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES - Facultades	410
FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES - Naturaleza Jurídica	410
FONDO ROTATORIO	405
FONDO ROTATORIO - Creación	348
FONDOS	405
FUERZA MAYOR	329
FUERZAS MILITARES	405
FUNCIONARIO DE CARRERA	540
FUNCIONARIO PUBLICO	473
G	
GASTOS DE INVERSION DIRECTA	453
GOBERNADOR - Facultades	431
GOBIERNO NACIONAL - Facultades	494

TEMA	PAGINA
H	
HIDROCARBUROS	304
I	
ICA	348
ICCE - Liquidación	540
ICCE - Supresión	540
IMPUESTO DE TRANSPORTE DE OLEODUCTOS PUBLICOS	376
IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Recargo	424
INGEOMINAS	314
INGRESOS - Naturaleza	533
INSTITUCION HOSPITALARIA	500
INTERVENCION DE ESTADO	500
INVERSION DIRECTA	453
J	
JUICIO FISCAL DE CUENTAS - Fenecimiento	381
JUICIO FISCAL DE CUENTAS - Reapertura	381
JUNTA DE ACUERDOS DE CARTAGENA - Facultades	520
JUNTA DIRECTIVA	415
JUNTA DIRECTIVA - Miembro	481
JURISDICCION COACTIVA	430
JURISDICCION PENAL MILITAR	524
L	
LEY DE AUTORIZACION	348
LEY POSTERIOR	376
LICITACION PRIVADA	283

TEMA	PAGINA
LICITACION PUBLICA	283, 486
LISTA DE ELEGIBLES - Inclusión	364
M	
MANEJO CONTABLE	453
MIEMBRO DE DEDICACION EXCLUSIVA - Licitación	415
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - Facultades	453
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA	304
MINISTERIO DE SALUD - Facultades	500
MUERTE POR DESAPARECIMIENTO	329
O	
OFERTA	486
ORGANISMOS FINANCIEROS INTERNACIONALES - Aportes	401
P	
PATRIMONIO AUTONOMO	453
PERIODO DE PRUEBA	364
PERSONAL ADSCRITO - Régimen Salarial	524
PERSONAL DOCENTE	342, 354
PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia	431
PLAZO - Ampliación	296
PLENARIAS DE LAS CAMARAS - Facultades	415
POLICIA NACIONAL	405
POLIZA DE SEGUROS	520
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades	481
PRESTACIONES SOCIALES	342
PRESUPUESTO NACIONAL	453
PRESUPUESTO NACIONAL - Apropiaciones	401

TEMA	PAGINA
PRIMA ESPECIAL	524
PRIMA TECNICA	314
PRINCIPIO DE LA REPUBLICA - Facultades (Salvamento de Voto)	292
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Facultades	473

R

REGIMEN SALARIAL	391
REGISTRO DE OPERACIONES	520
REGISTRO DE PROPONENTES	486
REGISTRO MERCANTIL IMPUESTOS - Inexistencia	533
REGLAMENTACION	520
RELACION LABORAL - Terminación	329
RENDIMIENTO FINANCIERO - Destinatario	405
RENUNCIA	448
RESERVA DOCUMENTAL	486
RESERVA PRESUPUESTAL	405
RESERVAS INTERNACIONALES - Inversión	401
RETROACTIVIDAD	314
REVOCATORIA DIRECTA	364
REVOCATORIA DIRECTA - Consentimiento	304

S

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	334
SALINAS - Explotación	304
SALVOCONDUCTOS	357
SANCION DISCIPLINARIA	473, 481
SANEAMIENTO ADUANERO	510
SECUESTRO	329
SENADO - Aprobación	494
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD	319
SERVICIO PUBLICO DE SALUD	500
SOLUCION DE CONTINUIDAD - Improcedencia	540

TEMA	PAGINA
SUBSIDIO DE TRANSPORTE COLECTIVO	319
SUPRESION DE EMPLEOS	364, 540
T	
TARIFA - Revisión	510
TITULAR - Consentimiento	364
TRABAJADOR OFICIAL	319
TRABAJADOR PRIVADO	319
TRANSFERENCIAS	453
TRANSPORTE MULTIMODAL	520
TRIBUTO ESPECIAL	424
U	
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA	342
V	
VACANCIA ABSOLUTA	448
VEHICULOS	510

TEMA **PAGINA**

SECCION PRIMERA

ACCION DE NULIDAD 753, 858
ACCION DE NULIDAD - Improcedencia 1085
ACCION DE NULIDAD DE MARCAS 630
ACCIONES POPULARES 788
ACTO ADMINISTRATIVO 655
ACTO ADMINISTRATIVO - Eficacia 866
ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia 681
ACTO ADMINISTRATIVO - Validez 969
ACTO COMPLEJO - Inexistencia 681
ACTO DE EJECUCION 924
ACTO DISCRECIONAL 735
ACTO GENERAL 858, 1095
ACTO GENERAL - Vigencia 987
ACTO PARTICULAR 1085
ACTO PARTICULAR - Inexistencia 858
ACUERDO DISTRITAL 758
AERONAVE - Inspección Técnica 600
ALCALDE - Deberes 635
ALCALDE - Facultades 758, 759, 1122
ANTIGUO MORADOR 706
ASISTENCIA PUBLICA 697

B

BIBLIOTECOLOGO 964
BIEN DE USO PUBLICO 662, 858
BIENES DE USO PUBLICO - Inexistencia 706
BIENES FISCALES 706
BONIFICACION 955

TEMA **PAGINA**

C

CADUCIDAD 716
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - Naturaleza 1012
CANJE DE RATIFICACIONES - Naturaleza 924
CELEBRACION DE CONTRATOS 759
CERTIFICADO DE AERONAVEGABILIDAD 600
CESION DE INMUEBLES - Relocalización 553
CESION DEL IVA - Naturaleza 747
COADYUVANCIA 753
COMPAÑIA DE VIGILANCIA DE FUNCIONAMIENTO - Cancelación 735
COMPETENCIA 617, 716, 1005, 1068, 1142
COMPETENCIA - Redistribución 1011
COMPETENCIA RESIDUAL 655, 801
COMUNICACION 987
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades 636, 1038
CONCEJO MUNICIPAL - Prohibiciones 697
CONCESION PORTUARIA 607, 1095
CONGRESO 716
CONGRESO - Facultades 635
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades 1012
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Funciones 697
CONSEJO ASESOR 1013
CONSEJO DE ESTADO 655, 801, 1068
CONSEJO DE VUELO 946
CONSEJO SUPERIOR SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR 1013
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO (Salvamento de Voto) 793
CONTRALOR AUXILIAR DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA 617
CONTRALORIA MUNICIPAL 747
CONTRALORIA MUNICIPAL - Partidos 782
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Efectos 636
CONTROL INTERNO 635
CONTROL JURISDICCIONAL 801, 1033, 1068
CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia 924
CORPORACION NACIONAL DE TURISMO - Reestructuración 933

TEMA	PAGINA
CORTE CONSTITUCIONAL	1005
COSA JUZGADA - Improcedencia	716
CREACION	747
D	
DANE - Reestructuración	806
DECOMISO	1033
DECRETO DE LEGISLACION DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad	853
DECRETO DEL GOBERNADOR - Vigencia	987
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES	692, 801, 1005, 1068
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad	655, 801, 806, 838, 934, 1068, 1133
DECRETOS DE MODERNIZACION DEL ESTADO	655
DELEGACION DE FUNCIONES (Salvamento de Voto)	919
DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia	909
DEMANDA CORRECCION(Salvamento de Voto)	604
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO CIVIL - Reestructuración	838
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA - Naturaleza	838
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION MUNICIPAL - Facultades	553
DERECHO AL AMBIENTE SANO	788
DERECHO AL AMBIENTE SANO (Salvamento de Voto)	793
DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE SANO	847
DERECHOS ADQUIRIDOS	706
DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia	826, 887, 900, 934
DEROGACION DEL ACTO	617
DEROGACION DEL ACTO - Pronunciamiento	753
DIRECCION GENERAL DE PRISIONES - Fusión	955

TEMA	PAGINA
E	
EJERCICIO DE PROFESIONALES	964
EMCOPER - Reestructuración	887
EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL - Vigilancia	727
ENCERRAMIENTO	858
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES	571
ESPACIO PUBLICO	858
ESTABLECIMIENTO COMERCIAL	1122
ESTABLECIMIENTO PUBLICO	692
EXPLOTACION DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Permiso	810
EXPROPIACION	1085
F	
FAC	946
FACTOR SALARIAL	955
FISCAL GENERAL DE LA NACION	909
FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Facultades (Salvamento de Voto)	919
FONDO NACIONAL DE BIENESTAR SOCIAL - Supresión	826
FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA - Fusión	955
FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS	636
FUNCIONES DE LA RAMA JUDICIAL - Vigilancia	727
G	
GOBERNADOR - Facultades	998
GOBIERNO NACIONAL - Facultades	655, 692, 806, 826, 838, 853, 887, 900, 934, 955, 1067

TEMA	PAGINA
I	
IGUALDAD ANTE LA LEY	1142
IMPACTO AMBIENTAL	607
INCORA - Reconstrucción	692
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS	955
INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR	747
INICIATIVA DEL ALCALDE	758
INPEC	955
INSUFICIENCIA DE VUELO	946
INTERES PUBLICO	826, 900, 969
INTERPRETACION DE LA LEY	1013
INTERVENCION ADHESIVA	753
INTERVENCION DE TERCEROS	753
INTERVENCION DE TERCEROS - Improcedencia	866
J	
JUEGO DE SUERTE Y AZAR	810
JUEGOS INTERMEDIOS	810
JUEGOS MENORES	810
JUICIO FISCAL DE CUENTAS	617
JUNTA DIRECTIVA - Facultades	692, 801
JUNTA DIRECTIVA - Integración	571
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Objeto	753
JURISDICCION ROGADA	681, 682
L	
LEY DE MODIFICACION - Afectación	582
LEY EN EL TIEMPO	617
LICENCIA DE CONSTRUCCION	662
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO	969, 1122

TEMA	PAGINA
M	
MEDIO AMBIENTE	607
MEDIOS DE POLICIA	969
MINISTERIO DE COMUNICACIONES - Facultades	1044
MINISTERIO DE DEFENSA - Facultades	613, 735
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - Facultades	969
MINISTERIO DE EDUCACION - Reestructuración	900
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE	655
MINISTERIO DE SALUD - Facultades	847
MINISTERIO DE SALUD - Reestructuración	1133
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL	1013
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL - Reestructuración	801
MONOPOLIO RENTISTICO	810
N	
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal	570, 635, 788
NOTA DIPLOMATICA - Naturaleza	924
NOTIFICACION	866
O	
OBJECION DEL ALCALDE	635
OCUPANTE DE HECHO	706
ORDEN PUBLICO INTERNO	969
ORDENANZA DEPARTAMENTAL - Facultades	1038
P	
PLANEACION MUNICIPAL	858
PLANTA DE PERSONAL	801

TEMA	PAGINA
PLANTA DE PERSONAL - Modificaciones	655
PODER DE POLICIA	1122
POLICIA ADMINISTRATIVA	1013
POLICIA NACIONAL - Estructura	613
POTESTAD REGLAMENTARIA	571, 607, 716, 1095
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites	570
PREAMBULO - Naturaleza	887
PRESUNCION DE CONTRABANDO	1033
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Iniciativa	998
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Reforma	998
PRESUPUESTO DISTRITAL	759
PRESUPUESTO MUNICIPAL	782
PRESUPUESTO MUNICIPAL - Trámite	635
PRESUPUESTO MUNICIPAL - Variación Porcentual	747
PRESUPUESTO MUNICIPAL - Vigencia	635
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	681, 1142
PREVALENCIA DEL INTERES PUBLICO	826, 887, 900
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	1142
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	553
PRINCIPIO MUNICIPAL	747
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	727
PRODUCTO FARMACEUTICO	819
PROYECTO DE ACUERDO	635, 758
PROYECTO DE ORDENANZA	591
PUBLICACION	987

R

RECURSO DE APELACION	682
RECURSOS - Destinación	810
REGIMEN DE AUTORIZACION GENERAL	553
REGISTRO DE MARCA	716, 819
REGISTRO DE MARCA - Improcedencia	1050
REGISTRO DE MARCA - Renovación	866
RELLENO SANITARIO	1038
RESPONSABILIDAD CIVIL	1142
REVISION FISCAL	1011
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO	1033

TEMA	PAGINA
RIESGO DE CONFUSION	1050
RUIDO AMBIENTAL	847
S	
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA	727
SALUD	810
SANCION DISCIPLINARIA	946
SANCIONES	1013
SENA	582
SENTENCIA - Aclaración	753
SERVICIO DE ADAPTACION - Gastos	582
SERVICIO DE ADAPTACION LABORAL EN EL SECTOR PUBLICO	582
SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL	697, 1011
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES	1044
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS	570
SERVIDUMBRE DE TRANSITO - Improcedencia	662
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	681
SOCIEDAD ESPECIAL DE CAPITAL PUBLICO	810
SOCIEDAD PORTUARIA	1095
SORTEO EXTRAORDINARIO	647
SUBSIDIO FAMILIAR	1011
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Reestructuración	1067
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Facultades	553
SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Facultades	1011, 1013
SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Reestructuración	1011
SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS - Facultades	1095
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Facultades	647
SUPRESION DE EMPLEOS	806, 826, 838, 887, 900, 934, 955, 1133
SUSPENSION PROVISIONAL	607, 655, 801

TEMA	PAGINA
SUSPENSION PROVISIONAL - Corrección (Salvamento de Voto)	604
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia	600, 613, 635, 819
SUSPENSION TEMPORAL DEL CONTRATO	636
T	
TACHA DE FALSEDAD - Improcedencia	866
TELEFONIA MOVIL CELULAR	1044
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS	788
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS (Salvamento de Voto)	793
TRAFICO DE INFLUENCIAS - Inexistencia	662
TRATADO INTERNACIONAL - Eficacia	924
TRATADO INTERNACIONAL - Perfeccionamiento	924
TRATADO INTERNACIONAL - Validez	924
TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA INTERNACIONAL	716
U	
UNIDAD DE MATERIA	591
URBANISMO	858
USO DEL SUELO	1038
USUARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS	571
V	
VEEDOR DEL TESORO - Funciones	777
VIGILANCIA PRIVADA	969

TEMA **PAGINA**

SECCION SEGUNDA

A

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA 1488
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 1344
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Salvamento de Voto) 1509
ACCION DISCIPLINARIA - Independencia 1350
ACCION PENAL 1350
ACTO ADMINISTRATIVO 1324
ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia 1523
ACTO DE CONVOCATORIA 1324
ACTO DE CONVOCATORIA (Salvamento de Voto) 1328
ACTO DE INSCRIPCION 1344
ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO (Salvamento de Voto) 1594, 1596
ACTO EJECUTORIO 1415
ACTO MERITORIO - Inexistencia 1561
ACUMULACION DE PRETENCIONES - Improcedencia 1482
ACUMULACION DE TIEMPO DE SERVICIOS 1372
ACUMULACION DE TIEMPOS SIMULTANEOS - Improcedencia 1372
ADMINISTRADOR DE ADUANAS 1470
AJUSTE DE VALOR 1334
ALCALDE 1569
ANALOGIA - Improcedencia 1536
ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de Voto) 1289, 1431, 1478, 1584, 1545
ANEXOS 1536
ASCENSO POSTUMO - Improcedencia 1561
ASIGNACION MENSUAL - Definición 1263

C

CADUCIDAD 1344
CADUCIDAD (Salvamento de Voto) 1509

TEMA	PAGINA
CADUCIDAD - Improcedencia	1253
CALIFICACION DE SERVICIOS	1186
CARGO DE CARRERA	1277
CARGO VACANTE - Provisión	1213
CARRERA ADMINISTRATIVA	1277
CARRERA ADMINISTRATIVA (Salvamento de Voto)	1284
CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción	1448
CARRERA JUDICIAL	1172, 1186, 1334, 1519, 1577
CARRERA NOTARIAL	1213
CIRCULAR DE SERVICIOS	1415
COMPAÑERA PERMANENTE	1361, 1377, 1405
COMPAÑERA PERMANENTE (Salvamento de Voto)	1370
COMPAÑERA PERMANENTE - Improcedencia (Aclaración de Voto)	1384
COMPETENCIA	1162, 1324
COMPETENCIA POR CUANTIA	1159, 1488, 1588, 1589
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades	1394
CONCEPTO	1523
CONCURSO DE MERITOS (Salvamento de Voto	1284
CONCURSOS - Resultados	1435, 1436
CONTRALOR MUNICIPAL	1394
CONTROL JURISDICCIONAL	1415
CONVOCATORIA A CONCURSO	1334
CONYUGE *SUPERSTITE*	1361, 1405
CORRECCION MONETARIA - Improcedencia	1536
CORRECCION MONETARIA - Liquidación (Salvamento de Voto)	1545
CULPA DE LA CONYUGE *SUPERSTITE* - Inexistencia (Salvamento de Voto)	1413

D

DEBIDO PROCESO	1529
DELEGACION DE FUNCIONES	1350
DEMANDA - Improcedencia (Salvamento de Voto)	1509
DEMANDA - Ineptitud	1523
DEMANDA - Interpretación	1162
DEMANDA - Requisitos	1529, 1536

TEMA	PAGINA
DEMANDA - Requisitos (Salvamento de Voto)	1509
DERECHO DE DEFENSA	1163, 1422,1529
DERECHO DE IGUALDAD	1238
DERECHO DE POSTULACION	1577
DERECHO DE PREFERENCIA	1334
DERECHO PREFERENCIAL	1405
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES	1482
DESCUENTO - Improcedencia (Aclaración de Voto)	1289, 1431, 1478, 1584
DESCUENTO - Improcedencia (Salvamento de Voto)	1545
DESTITUCION - Improcedencia	1394
DESVIACION DE PODER	1245
DESVIACION DEL PODER	1300
DOTACION DE CALZADO Y VESTIDO	1153

E

EDAD	1442
EDAD DE RETIRO FORZOSO	1196, 1464
EMPLEADO JUDICIAL	1262, 1264, 1272, 1415, 1519
EMPLEADO MUNICIPAL	1405
EMPLEADO OFICIAL	1262, 1442
EMPLEADO PUBLICO	1153, 1179
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia (Aclaración de Voto)	1289,1431, 1478
EMPLEADO TERRITORIAL	1536
EMPLEO DE CARRERA	1447
EMPLEO PUBLICO - Inexistencia (Aclaración de Voto)	1584
EMPLEO PUBLICO - Inexistencia (Salvamento de Voto)	1545
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYAN	1569
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO (Aclaración de Voto)	1184
EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA - Naturaleza Jurídica (Aclaración de Voto)	1184
EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES - Naturaleza Juridica	1179
ENTIDAD PUBLICA	1435, 1436

TEMA	PAGINA
ESCALAFON	1448
ESCALAFON - Ascenso	1470
ESCALAFON DOCENTE	1503
ESCALAFON DOCENTE - Exclusión	1464
ESCALFON - Reclasificación	1470
ESTABILIDAD	1277, 1448, 1497
ESTABILIDAD - Improcedencia	1240, 1519
ESTABILIDAD - Improcedencia (Salvamento de Voto	1284
ESTABLECIMIENTO PUBLICO	1179
F	
FACTORES SALARIALES	1263, 1264
FALSA MOTIVACION	1503
FUNCION PUBLICA MUNICIPAL - Régimen Aplicable	1394
FUNCIONARIO DE CARRERA - Estabilidad	1470
FUNCIONARIO DE LA RAMA - Vinculado en Propiedad	1415
FUNCIONARIO DE PERIODO	1272, 1415
FUNCIONARIO INVESTIGADOR- Facultades	1350
FUNCIONARIO JUDICIAL	1262,1272
FUNCIONARIO JUDICIAL MINISTERIO PUBLICO - Servidores	1264
FUNDAMENTO DE DERECHO (Salvamento de Voto)	1509
G	
GERENTE	1569
GERENTE - Incompatibilidad	1569
I	
INCAPACIDAD PERMANENTE	1203
INDEMNIZACION	1221, 1293, 1334

TEMA	PAGINA
INDEMNIZACION - Incompatibilidad	1536
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Aclaración de Voto)	1478
INDICIOS	1447
INFRACCION DIRECTA DE NORMA CONSTITUCIONAL - Improcedencia	1306
INSUBSISTENCIA	1221, 1497
INSUBSISTENCIA (Salvamento de Voto)	1284
INSUBSISTENCIA - Improcedencia	1245, 1277, 1293, 1300, 1470
INSUBSISTENCIA - Procedencia	1221
INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO	1529
INTERPRETACION ERRONEA	1306
J	
JUEZ - Elección	1172
JUNTA DIRECTIVA - Inscripción	1344
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	1324
L	
LEGALIDAD SOBREVINIENTE	1549
LICENCIA NO REMUNERADA	1272
LICENCIA NO REMUNERADA - Término	1415
LICENCIA ORDINARIA	1230
LICENCIA PARA EJERCER INTERINAMENTE OTRO CARGO	1272
LITIS - CONSORCIO NECESARIO	1529
M	
MAGISTRADOS TRIBUNALES SUPERIORES	1186
MESADA PENSIONAL	1536
MINISTERIO PUBLICO - Régimen Aplicable	1263

TEMA	PAGINA
MINISTERIO PUBLICO - Servidores	1262
MOVIL POLITICO	1245
N	
NOMBRAMIENTO - Revocatoria	1555
NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD - Inexistencia	1519
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD	1447
NOMINADOR - Facultades	1172
NORMA LEGAL	1536
NORMA NACIONAL - Inaplicación	1405
NOTARIO	1230
NOTARIO - Designación	1213
NOTIFICACION	1344
NULIDAD - Improcedencia	1350
NULIDAD PROCESAL - Saneamiento	1162
P	
PAGO - Reembolso	1442
PARENTESCO	1569
PENSION DE INVALIDEZ	1203, 1536, 1555
PENSION DE JUBILACION	1372, 1442, 1464
PENSION DE JUBILACION - Beneficiarios (Salvamento de Voto)	1370
PENSION DE JUBILACION - Imprescriptibilidad	1253
PENSION DE JUBILACION - Liquidación	1262, 1263, 1264
PENSION DE JUBILACION - Régimen Especial	1262
PENSION DE JUBILACION - Requisitos	1442
PENSION DE JUBILACION - Trámite	1497
PERIODO DE PRUEBA	1240
PERIODO JUDICIAL	1334, 1519, 1577
PERSONAL - Clasificación	1179
PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES	1162, 1163, 1203
PERSONAL DOCENTE	1240
PERSONAL DOCENTE - Estabilidad	1464

TEMA	PAGINA
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO	1196
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO - Estabilidad	1503
PETICION DE OPORTUNIDAD	1238
PLIEGO DE DESCARGOS	1422
PODER DISCIPLINARIO - Prevalencia	1306
POLICIA NACIONAL - Régimen Disciplinario	1306
POTESTAD DISCIPLINARIA	1394
POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación	1435, 1436
PRESTACIONES NO PERIODICAS (Salvamento de Voto)	1545
PRESTACIONES PERIODICAS	1253
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	1488
PRIMA DE ASCENSIONAL	1264
PRIMA DE NAVIDAD	1264
PRIMA DE SERVICIOS	1264
PRIMA DE VACACIONES	1264
PRIMA ESPECIAL - Exclusión	1263
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA	1488
PRINCIPIO DE IGUALDAD	1186, 1488
PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA	1159
PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA (Salvamento de Voto)	1594, 1596
PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA - Improcedencia	1588, 1589
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO	1306
PROCESO DISCIPLINARIO	1162, 1163, 1350, 1394, 1422
PROCESO DISCIPLINARIO - Improcedencia	1221
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Régimen Disciplinario	1306
PROTECCION A LA MATERNIDAD	1221, 1293
PROVIDENCIA DE CONDENA (Aclaración de Voto)	1289, 1431, 1478, 1584
PROVIDENCIA DE CONDENA (Salvamento de Voto)	1545
PRUEBAS - Oportunidad	1536
PRUEBAS - Práctica	1350
PURGA DE ILEGALIDAD	1514, 1549

TEMA	PAGINA
R	
RAMA JUDICIAL - Régimen Aplicable	1263
RAMA JUDICIAL - Servidores	1262
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION	1306
REGIMEN ORDINARIO DE PENSION DE JUBILACION - Inaplicación	1262
REINTEGRO	1293
REINTEGRO - Improcedencia	1221, 1334, 1497
REMOCION - Procedencia	1569
REMUNERACION - Tope	1555
RESERVA - Inexistencia	1435, 1436
RETIRO POR DERECHO A PENSION	1497
S	
SALARIO - Compatibilidad	1464
SALARIO - Incompatibilidad	1555
SANCION - Inexistencia	1447
SENTENCIA JUDICIAL - Improcedencia	1442
SERVICIOS MEDICOS ASISTENCIALES	1377
SERVICIOS PROFESIONALES - Inexistencia	1555
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	1253
SINDICATO	1344
SINDICATO - Disolución	1320
SINDICATO - Personería Jurídica	1386
SINDICATO MIXTO	1514, 1549
SOLUCION DE CONTINUIDAD	1577
SUSPENSION EN EL CARGO	1394
SUSTITUCION PATRONAL	1386
SUSTITUCION PENSIONAL	1230, 1405
SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios	1361, 1377, 1405
SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios (Aclaración de Voto)	1384
SUSTITUCION PENSIONAL - Pérdida (Salvamento de Voto)	1413

TEMA	PAGINA
T	
TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES	1344
TERMINOS PROCESALES - Cumplimiento	1238
TRANSLADO - Objeto	1447
TRASLADO	1447
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	1159, 1488, 1588, 1589
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO (Salvamento de Voto)	1328
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO	1324
TRIBUNAL DISCIPLINARIO - Convocatoria	1162
U	
ULTIMO AÑO DE SERVICIOS	1262
UNIVERSIDAD NACIONAL - Naturaleza Jurídica	1196
UNIVERSIDAD NACIONAL - Régimen Aplicable	1196
V	
VACANTE	1447

La Imprenta Nacional de Colombia
realizó el diseño gráfico de esta obra
«Anales del Consejo de Estado
IV Trimestre de 1993 - 1er. Tomo»
y terminó su impresión en febrero de 1996.

Ivstitia et Litterae