REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVI
PRIMERA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1994

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
PALACIO DE JUSTICIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

27 AGO 9

TOMO CXXXVI
PRIMERA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1994

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: 2-006678

COMPRA___CANJE___DONACION___

FECHA: 27 AGO 2003

PRECIO:

PROCEDENCIA: CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

PAIS:

NUMERO CLASIFICACION

Ej. 1

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

Impreso en los Talleres de la Empresa Editorial de Cundinamarca Antonio Nariño - EDICUNDI
Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
1994

PRIMER TRIMESTRE

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

Dr. Miguel González Rodríguez
Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
Secretaria

SECCION SEGUNDA

Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dr. Carlos A. Orjuela Góngora
Dr. Joaquín Barreto Ruiz
Dr. Diego Younes Moreno

Dra. Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Dr. Daniel Suárez Hernández
Presidente

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

Dra. Lola Elisa Benavides López
Secretaria

SECCION CUARTA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Presidente

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. Delio Gómez Leyva

Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas
Secretario

SECCION QUINTA

Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff
Presidente

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Miguel Viana Patiño

Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
Dr. Jaime Betancur Cuartas

Dra. Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dr. Juan Carlos Henao
2ª Dra. Libia Zuluaga Uribe
3ª Dr. Jairo Maya Betancourt
4ª Dra. María Eugenia Samper R.
5ª Dra. Edné Cohen Daza
6ª Dra. Inés Hurtado Cubides
7ª Dra. Margarita Olaya de Obando
8ª Dr. Jaime Ossa Arbeláez
9ª Dra. Luz Stella Pena de Méndez
10ª Dr. Félix Arturo Mora

RELATORES

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

SALA
PLENA

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CONFLICTO DE INTERESES

El Congresista CESAR PEREZ GARCIA tenía interés directo como miembro contribuyente de la Universidad Cooperativa de Colombia en participar en el segundo debate y votación que se le dio en la plenaria de la Cámara de Representantes al proyecto de Ley 161 de 1992, en la sesión del 15 de diciembre de 1992, que se convirtió posteriormente en la Ley 30 de 1992, dado que el artículo 132 de ésta beneficiaba a la misma como institución de economía solidaria de educación superior que es. Ese interés es particular y concreto por cuanto en la calidad de miembro contribuyente aludida podía participar en la toma de decisiones referentes a la destinación de los beneficios obtenidos y de los servicios que surgieran de los mismos. Al no haberse declarado impedido en el mencionado debate y votación violó el régimen de conflicto de intereses a que aluden los artículos 286 y 293 de la Ley 5a. de 1992, incurriendo así en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1o. de la Constitución Política.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. AC-796. Actor: Enrique Maldonado Santos.

El ciudadano ENRIQUE MALDONADO SANTOS, en escrito presentado ante la Secretaría General de esta Corporación el 13 de Mayo de 1993, solicitó al Consejo de Estado se decrete la pérdida de la investidura del congresista CESAR PEREZ

GARCIA por la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses, previsto en el ordinal 1o. del artículo 183 de la Constitución Política.

I-. CAUSA *PETENDI*

Como hechos que motivaron su solicitud adujo, escencialmente, los siguientes:

1o): El congresista CESAR PEREZ GARCIA participó en la aprobación de la Ley 30 de 1992 "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior". En la votación que se efectuó en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes el día 15 de diciembre de 1992 no se declaró impedido para votar, tal como lo establece el artículo 291 de la Ley 05 de 1992.

2o): El aludido congresista en su calidad de Presidente de la Cámara nombró una Comisión Accidental integrada por los congresistas Héctor Helí Rojas y Melquiades Carrizosa en relación con el proyecto de ley "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior", quienes introdujeron a dicho proyecto en la sesión plenaria de la Cámara el artículo 132, que dice: "Para dar cumplimiento a los objetivos de educación cooperativa establecidos en la Ley 79 de 1988, a partir del 1o. de enero de 1993, por lo menos la mitad de los recursos previstos para educación, en el artículo 54 de la precitada ley, deben ser invertidos en programas académicos de Educación Superior, ofrecidos por instituciones de economía solidaria de Educación Superior autorizados legalmente".

Con dicho artículo el señor congresista CESAR PEREZ GARCIA establece para su beneficio personal un gran monopolio de negocio económico en el servicio de la educación superior, ya que la única institución de economía solidaria es la Universidad Cooperativa de Colombia, autorizada por el ICFES, cuyo socio contribuyente y Rector nacional es él, quien dejó encargada de la Rectoría a la señorita Gloria Lucía Hoyos Betancur.

3o): Dentro del período de la elección del señor CESAR PEREZ GARCIA como congresista, o sea, el 27 de Octubre de 1991, conforme a la nueva Constitución Política, y el cargo de Rector nacional de la Universidad Cooperativa de Colombia, incurrió en la violación de la Ley 05 de 1992, según la fecha de su retiro de la Rectoría y su eleccción de congresista, de acuerdo con el certificado del ICFES y el poder general que otorgó al Secretario General de la Universidad mencionada mediante Escritura Pública No. 10541 de la Notaría Segunda de Bogotá, pruebas estas que se acompañan con la solicitud.

4o): El interés económico del Congresista CESAR PEREZ GARCIA es con relación al artículo 54 de la Ley 79 de 1988, por la cual se actualiza la legislación cooperativa, que dice: "Si del ejercicio resultaren excedentes, éstos se aplicarán de la siguiente forma: un veinte por ciento (20%) como mínimo para crear y mantener una

reserva de protección de los aportes sociales; un veinte por ciento (20%) como mínimo para el fondo de educación y un diez por ciento (10%) mínimo para un fondo de solidaridad."

II-. TRAMITE DE LA SOLICITUD

II.1-. Mediante auto de 19 de Mayo de 1993, proferido por el Consejero que redacta esta ponencia, se rechazó la solicitud formulada por el actor aduciendo, entre otros argumentos, la ausencia de ley especial que regulara el trámite de los procesos de pérdida de investidura y que ante la preceptiva del Artículo 184 de la Constitución Política a dichos procesos no se les puede aplicar el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo. Recurrido en súplica dicho proveído por la señora Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado y el actor, esta Sala, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en providencia de 30 de Junio de 1993, lo revocó, y, ordenó, en su lugar, la admisión de la solicitud de desinvestidura incoada arguyendo al efecto que esta clase de procesos deben tramitarse por el procedimiento ordinario contencioso administrativo ante el mandato ineludible del artículo 206 del C.C.A.que ordena que"este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los ligitios para los cuales la Ley no señale un trámite especial" y ante lo previsto en el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 que estatuye que el juez no puede dejar de fallar "pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley".

II.2-. En cumplimiento del mencionado proveído de 30 de junio de 1993 se surtieron las etapas de fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.3-. COADYUVANCIA

El último día de la etapa de fijación en lista el ciudadano LUIS GUILLERMO NIETO ROA presentó escrito en que pidió se le tuviera como coadyuvante (Folios 103 a 105 cuaderno No.1).

En el aludido escrito sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

1o): El congresista CESAR PEREZ GARCIA violó el régimen de incompatibilidades, pues a pesar de que a folio 7 del expediente obra certificación del Director del ICFES según la cual con fecha 25 de noviembre de 1991, fue encargada de la Rectoría de la Universidad Cooperativa de Colombia, por un período inicial de dos años, Gloria Lucía Hoyos Betancur, el citado congresista en declaración dada al diario El Tiempo el día 30 de junio de 1993, edición No. 28761, página 9B, dijo: "Yo no soy, como se afirma en la demanda, propietario o accionista de la Universidad Cooperativa de Colombia, antiguo Indesco. Sólo soy su Rector". Esta declaración libre y espontánea del congresista Pérez García tiene el carácter de confesión y es razón suficiente para concluir que contrarió el numeral 1o. del artículo 180 de la Carta al desempeñar un cargo privado como es el de Rector de la expresada Universidad.

2o): A lo anterior se suma haber violado el régimen de conflictos de interés, puesto que como Rector de una Universidad Cooperativa no sólo participó en el debate y votación, sino que fue mentor y principal promotor de la ley que obliga a todas las cooperativas a transferir a universidades de este tipo el 50% de los recursos destinandos a educación. Cuestión que se agrava si se tiene en cuenta que en el país no existen universidades cooperativas distintas a la antes mencionada, de la cual el congresista es Rector.

II.4.- **INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA**

El demandado CESAR PEREZ GARCIA, a través de apoderado, sólo se hizo parte en el proceso en la etapa de alegatos y en escrito de 9 de septiembre de 1993 (folios 165 a 186 *ibídem*) argumentó, esencialmente, lo siguiente:

A): REFUTACION DE LOS CARGOS DE LA DEMANDA:

1o): La Universidad Cooperativa de Colombia, según el certificado aportado al proceso, es una universidad no oficial de educación superior, de utilidad común, sin ánimo de lucro, razón por la cual puede concluirse que dicha institución se amolda perfectamente al artículo 98 de la Ley 30 de 1992.

2o): La Universidad Cooperativa de Colombia "no es la única institución de Educación Superior -como se afirma- de pertenencia al sector denominado de "Economía Solidaria", pues, como es de público conocimiento, existen otras, entre las cuales me permito citar por vía de ejemplo: La Fundación Instituto Tecnológico de Coomultrasan, Corporación Universitaria de Santa Rosa de Cabal, Fundación Universitaria Cooperativa de San Gil, etc.".

3o): Del texto de los artículos 46, 53 y 54 de la Ley 79 de 1988 se deduce que la aplicación del artículo 132 de la Ley 30 de 1992 a los excedentes de los que trata el antes mencionado 54 entraña apenas una utilización parcial de uno de los presupuestos de la norma, el de educación (20%), para orientarlo hacia la inversión en programas académicos de educación superior ofrecidos por instituciones de economía solidaria de educación superior autorizados legalmente, por lo cual no puede afirmarse que estuvieran restringidos u orientados hacia la Universidad Cooperativa de Colombia sino constituyen una invitación al sector de economía solidaria para invertir en la creación de tales programas en las instituciones de educación superior de economía solidaria.

4o): La obligación legal del artículo 132 está en perfecta consonancia con los artículos 58, 60, 333 y 340 de la Constitución Política y no está en contradicción con los artículos 1o. a 6o. de la Ley 79 de 1988.

5o): No hay tal monopolio de la Universidad Cooperativa de Colombia, como se afirma en la demanda, pues ésta dirige su acción hacia sectores de la población claramente estamentados.

6o): A Gloria Lucía Hoyos Betancur como Rectora encargada la designó el órgano competente de la Universidad Cooperativa de Colombia ante la renuncia del Doctor CESAR PEREZ GARCIA. En la certificación del ICFES que obra en el proceso consta que ella fue nombrada por un período hasta de dos años, esto es, con un límite de tiempo de dos años como máximo, que era el lapso restante del período para el que había sido nombrado el demandado.

7o): Respecto del poder general otorgado por el demandado al Secretario General de la Universidad en referencia, a través de la Escritura Pública No. 10541 el 22 de diciembre de 1989, de la Notaría Segunda de Bogotá, debe tenerse en cuenta que al haber terminado el ejercicio como Rector del poderdante el 25 de noviembre de 1991, terminó dicho mandato al tenor de lo dispuesto en el numeral 9o, del artículo 2189 del C.C.

8o): En relación con los cargos de que el demandado no se declaró impedido para votar en la sesión de la Cámara de Representantes del 15 de diciembre de 1992 y de que ejerció simultáneamente como congresista y Rector de la Universidad ya citada, se desvirtúan con la certificación del ICFES que obra en el proceso, que indica que dicho vínculo estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 1991, o sea, con anterioridad al ejercicio de congresista, pues las funciones como tal las cumplió a partir del 1o. de diciembre de 1991, según el artículo transitorio 4o. de la Constitución Política.

9o): CESAR PEREZ GARCIA no es funcionario de la Universidad Cooperativa de Colombia y tampoco es socio de la misma, como se puede ver de los documentos aportados al proceso.

B): REFUTACION DE LOS CARGOS DEL COADYUVANTE:

1o): El congresista CESAR PEREZ GARCIA no contrarió el numeral 1o, del Artículo 180 de la Carta ya que dejó de ejercer la Rectoría de la Universidad Cooperativa de Colombia a partir del 25 de Noviembre de 1991 y en el período como congresista, esto es, a partir del 1o. de diciembre de 1991, como anteriormente se anotó, sólo se ha desempeñado como Representante a la Cámara. La prohibición constitucional del Artículo antes mencionado debe preciarse en consonancia con el artículo 181 de la misma Carta que estatuye que las incompatibilidades de los congresistas solamente tienen vigencia durante el período constitucional respectivo.

2o): El Representante CESAR PEREZ GARCIA no ha violado el régimen de conflictos de interés por cuanto el artículo 286 de la Ley 5a. de 1992, lo refiere exclusivamente a personas naturales, vinculadas al congresista por íntimos lazos de parentesco o de afecto y el artículo 287 de la misma consagra la obligación de inscribir en el registro de intereses privados la información relacionada con la participación del congresista en sociedades anónimas, limitadas o similares, así como también en cualquier organización privada, económica, o sin ánimo de lucro de la cual haga parte en el país o fuera de él. Como ya se anotó, CESAR PEREZ GARCIA dejó de ser

Rector de la Universidad Cooperativa de Colombia el 25 de noviembre de 1991. Además, carece de participación en la misma, pues no es dueño, accionista o funcionario, y por ello no registra intereses privados respecto a su actividad de congresista frente a la aludida Universidad.

C): ARGUMENTOS ADICIONALES:

1o): No hubo recusación alguna contra el representanteCESAR PEREZ GARCIA durante el trámite de la Ley 30 de 1992 ni de ninguna otra Ley, según lo prescribe el artículo 294 de la Ley 5a. de 1992.

2o): No se ha dado el pronunciamineto congresional previo establecido en el artículo 298 *ibídem.*

D): EXCEPCIONES:

1a): Con apoyo en los artículos 29 y 184 de la Carta y 304 de la Ley 5a. de 1992 propone la excepción de fondo consistente en que se ha dado trámite por un procedimiento no previsto en la ley a la demanda que ha dado origen a este proceso.

2a): Con fundamento en los artículos 297, 298 y 302 de la Ley 5a. de 1992 plantea la excepción consistente en la desatención del trámite procedimental especialísimo previsto en dichos preceptos legales que consagran un pronunciamiento previo de la Cámara de Representantes.

II.5.- CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se decrete la pérdida de investidura del CongresistaCESAR PEREZ GARCIA, con fundamento en lo siguiente:

El certificado expedido por el Jefe de la División de Evaluación Jurídica del ICFES es suficiente prueba para demostrar que el Congresista está personal y directamente vinculado con la Universidad Cooperativa de Colombia y que su calidad de Rector titular no la ha perdido aún, cuando el cargo lo está desempeñando como encargada la doctora Gloria Lucía Hoyos Betancur. Luego es evidente que tiene interés en la prosperidad de la citada Universidad y como el artículo 132 de la Ley 30 de 1992 propende a beneficiar las entidades de educación superior de economía solidaria, como la Universidad en referencia, el conflicto de intereses es innegable, por cuanto se está disponiendo que por lo menos la mitad de los recursos previstos para educación en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988 se inviertan en instituciones de estas características.

Siendo ello así el RepresentantePEREZ GARCIAestaba obligado por disposición de la Ley 5a. de 1992 (artículo 291), a solicitar expresamente que se le declarara impedido para conocer y participar en la expedición del artículo 132 ya mencionado,

y como no lo hizo, según consta en el acta de la sesión plenaria de la Cámara de Representantes del 15 de diciembre de 1992, quedó incurso en la causal prevista por el artículo 296 *ibídem*.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Antes de entrar a resolver el fondo de la controversia cabe advertir que la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado, dado que éste lo hizo extemporáneamente en la etapa de alegaciones, pues, según lo estatuye el artículo 144 del C.C.A., sólo podía pantearlas en la de fijación en lista. Por lo demás, es del caso señalar, que los aspectos a que ellas se refieren fueron ya decididos en este proceso en auto de 25 de octubre de 1993 (folios 203 a 207 cuaderno No. 1), al denegarse el incidente de nulidad promovido por la parte demandada.

En orden a decidir la contención, la Sala considera lo siguiente:

1-. El artículo 183 numeral 1o. de la Constitución Política señala como causal de pérdida de la investidura de los congresistas la violación de los regímenes de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses.

2-. Respecto de las causales de inhabilidad e incompatibilidad cabe tener en cuenta que son objeto de regulación, en su orden, en los artículos 179 y 180 *ibídem*.

3-. En lo tocante al régimen de conflicto de interes el artículo 182 de la misma Carta preceptúa:

> "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.

4-. En cumplimiento del mandato constitucional contenido en el precepto transcrito la Ley 5a de 1992, que entró en vigencia el 18 de junio del mismo año, para regular el conflicto de intereses, prescribió lo siguiente:

> "ARTICULO 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".
>
> "ARTICULO 287. Registro de intereses privados. En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los Congresistas consignarán la información relacionada con su actividad priva-

da. En ella se concluirá la 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 país o fuera de él".

"ARTICULO 288. Término de inscripción. Los Congresistas deberán inscribir sus intereses privados en el registro dentro de los primeros treinta (30) días del período constitucional, o de la fecha de su posesión".

"ARTICULO 289. Publicidad del registro. El Secretario General de cada una de las Cámaras hará público el registro, y lo expresará, además, en la "Gaceta del Congreso"".

"ARTICULO 290. Modificación del registro. El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los Congresistas, deberá inscribirse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio".

"ARTICULO 291. Declaración de impedimento. Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés".

"ARTICULO 292. Comunicación del impedimento. Advertido el impedimento, el Congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva Comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento".

"ARTICULO 293.Efecto del impedimento. Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo Presidente excusará de votar al Congresista.

La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del parágrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista.

El Secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención".

"ARTICULO 294. Recusación. Quien tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún Congresista, que no se haya comunicado oportunamente a las Cámaras Legislativas, podrá recusarlo ante ellas. En este evento se dará traslado inmediato del informe a la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista de la respectiva corporación , la cual dispondrá de tres (3) días hábiles para dar a conocer su conclusión, mediante resolución motivada.

La decisión será de obligatorio cumplimiento".

"ARTICULO 295. Efecto de la recusación. Similar al del impedimento en el artículo 293".

5-. En la solicitud formulada por el actor se plantea el cargo de que el Congresista CESAR PEREZ GARCIA violó el régimen de conflicto de intereses pues participó en la sesión de la plenaria de la Cámara de Representantes del día 15 de diciembre de 1992 en que se aprobó la Ley 30 de 1992, cuando se hallaba impedido para ello, en razón de ser socio contribuyente y Rector de la Universidad Cooperativa de Colombia, y por cuanto en el artículo 132 de dicha Ley se establecía un beneficio para dicha Universidad.

6-. En orden a demostrar dicho cargo se logró establecer en el curso del proceso lo siguiente:

1o): Que el doctor CESAR PEREZ GARCIA fué elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Antioquia para el período constitucional 1991 - 1994 y le fue expedida la correspondiente credencial, conforme lo acredita el oficio No. DNE-913-8412 de 18 de agosto de 1993, emanado de la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 140 cuaderno No.1).

2o): Que en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes del día martes 15 de diciembre de 1992 se aprobó en segundo debate el proyecto de ley No. 161/92 Cámara "Por medio de la cual se organiza la prestación del servicio público de la educación superior", que actuó como Presidente de dicha Corporación el demandado y participó éste en la votación del aludido proyecto, ya que no hay constancia de que se hubiera declarado impedido, según da cuenta el Acta No.37 correspondiente a dicha sesión, que obra en la Gaceta del Congreso No. 221 de 16 de diciembre de 1992 (folios 56 a 61 *ibídem).*

3o): Que la Universidad Cooperativa de Colombia es una Corporación Civil, sin ánimo de lucro, de carácter privado e interés social, auxiliar del sector cooperativo, con personería jurídica otorgada por la Superintendencia Nacional de Cooperativa según Resolución No. 0501 de 7 de mayo de 1974, reconocida institucionalmente como Universidad mediante Resolución No. 20748 de 20 de Diciembre de 1983, expedida por el Ministerio de Educación , según consta en la Escritura Pública No. 565 de 24 febrero de 1987 de la Notaría Segunda de Bogotá, (folios 382 a 421 *ibídem).*

4o): Que por ser una entidad cooperativa tiene la calidad de institución de economía solidaria de educación superior, carácter este que es aceptado por la parte demandada en su alegato de conclusión (folio 168 ibídem).

5o): Que en los estatutos de la Universidad Cooperativa de Colombia, aprobados por Resolución No. 18599 de 15 de diciembre de 1986, del Ministerio de Educación Nacional, consta en su artículo 7o. que son miembros de la misma: los miembros fundadores, los miembros adherentes y los miembros contribuyentes, Según el literal c de dicho artículo tienen este último carácter las personas naturales o jurídicas, que a juicio del Consejo Superior hayan contribuído al engrandecimiento de la Corporación, mediante su aporte académico, administrativo o económico, científico, tecnológico o

cultural. Los miembros tienen como derechos, según el artículo 10o, literales a y c, participar en las deliberaciones y en la toma de desiciones de la Asamblea, que es la suprema autoridad administrativa de la Universidad, y paticipar de los servicios que en beneficio de ellos organice la institución educativa (folios 388 vuelto a 389 vuelto *ibídem).*

6o): Que el doctor CESAR PEREZ GARCIA fue declarado miembro contribuyente de la Universidad Cooperativa de Colombia por acuerdo No. 003 de 2 de agosto de 1989, emanado del Consejo Superior de dicha Universidad, de conformidad con el artículo 7o. literal c de los estatutos de la misma, según consta en Oficio dirigido a esta Corporación por el Secretario General de la citada institución el 7 de diciembre de 1993 (folios 359 a 362 *ibídem).*

7o): Que el doctor CESAR PEREZ GARCIA en su carácter de miembro contribuyente asistió a las reuniones de la Asamblea General ordinaria de miembros de la Universidad Cooperativa de Colombia celebradas los días 3 de abril de 1992 y 29 de marzo de 1993, según consta en las actas correspondientes (folios 365 a 377 y 378 a 380 ibídem, respectivamente).

8o): Que en el artículo 132 de la Ley 30 de 1992 se estatuyó que "Para dar cumplimiento a los objetivos de educación cooperativa establecidos en la Ley 79 de 1988, a partir del 1o. de enero de 1993, por lo menos la mitad de los recursos previstos para educación en el artículo 54 de la precitada Ley, deben ser invertidos en programas académicos de Educación Superior, ofrecidos por instituciones de economía solidaria de Educación Superior autorizados legalmente".

El artículo 54 de la Ley 79 de 1988, por su parte, prevé que de los excedentes que resultaren del ejercicio anual de las cooperativas se aplicarán en un 20% como mínimo para el fondo de educación.

De las probanzas enuciadas fluye con claridad que el congresista CESAR PEREZ GARCIA tenía interés directo como miembro contribuyente de la Universidad Cooperativa de Colombia en participar en el segundo debate y votación que se le dió en la plenaria de la Cámara de Representantes al proyecto de Ley 161/92 Cámara, en la sesión del 15 de diciembre de 1992, que se convirtió posteriormente en la Ley 30 de 1992, dado que el artículo 132 de ésta beneficiaba a la misma como institución de economía solidaria de educación superior que es. Ese interés es particular y concreto por cuanto en la calidad de miembro contribuyente aludida podía participar en la toma de decisiones referentes a la destinación de los beneficios obtenidos y de los servicios que surgieran de los mismos. Al no haberse declarado impedido en el mencionado debate y votación violó el régimen de conflicto de intereses a que aluden los artículos 286 a 293 de la Ley 5a. de 1992, incurriendo así en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1o. de la Constitución Política, lo cual habrá de declararse en la parte resolutiva de esta sentencia.

Lo anterior releva a la Sala de pronunciarse sobre el cargo de violación al régimen de incompatibilidades que también se formula en la solicitud.

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:

1o): **DECRETASE** la pérdida de la investidura del Congresista CESAR PEREZ GARCIA, por violación del régimen de conflicto de intereses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2o): Comuníquese lo anterior a los señores Presidente de la Cámara de Representantes, del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil y Ministro de Gobierno.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día 18 de enero de 1994.

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

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONFLICTO DE INTERESES/NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal/**LEY ESTATUTARIA**/(Salvamento de Voto)

Cuando el Constituyente habla de régimen de inhabilidades e incompatibilidades" y de "régimen de conflicto de intereses" está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la Ley, para su correcta interpretación que de suya es restrictiva. Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, será posible conocer cuál o cuáles conductas de los congresistas son atentatorias del mismo. Esta labor no le es dado calificarla al juez sin la previa determinación legal. La Ley que la Sala aplicó en este caso (Ley 5a. de 1992) no es del tipo de las que pueda contener el régimen de conflicto de intereses, pues ésta es una Ley orgánica que reglamenta la estructura y funcionamiento del Congreso en el ejercicio de sus funciones constitucionales. El conflicto de intereses que, como ya se dijo, conlleva a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado, dentro de los varios tipos de Leyes que previó el constituyente, por una Ley estatutaria.

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

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

Referencia: Expediente No. AC-796. Actor : Enrique Maldonado Santos.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria por cuanto, en mi sentir, las conductas que se imputan al Representante CESAR PEREZ GARCIA, hasta tanto no se expida la Ley de que trataré en este salvamento, no constituyen causal para despojar a un congresista de su investidura.

Con el Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta suscribí un salvamento de voto a la sentencia proferida por la Sala en el expediente AC-632. Actor: Josef Namen Gorayeb, cuyos trazos generales vale la pena repetir aquí:

> "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 positivación 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 (artículos 1o a 10o de la Constitución Nacional)".
>
> "Prosiguiendo con el estudio de la escala normativa, viene luego **CLAUSULAS GENERALES**, que nos sitúan en el campo de un **GRUPO DE DERECHOS FUNDAMENTALES**, que se han positivado como 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 (artículos 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 lo 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. Peréz 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 las denominadas **"NORMAS CONSTITUCIONALES, INCONSTITUCIONALES"** (Verfassungswidrige Versassungsnormen, 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 DerechosFundamentales, 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 ENVESTIDURA..."** ¿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? Acaso no será menester estudiar y definir, a la luz de la lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese encargo compromete seriamente la labor del parlamentario?. Será que éste no puede ser el administrador del edificio en que vive o el Presidente de la Junta del Colegio donde estudian sus hijos.?

"....."

"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 carencia 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 parte de las veces entendemos sólo una sobrevaloración 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 intuición de lo que Esser 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 no 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 formación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilita 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 nuestra 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, páginas 15 y s.s.).

Para el presente caso se deben agregar las siguientes reflexiones:

A.-CONFLICTO DE INTERESES

Esta causal está prevista en el artículo 183 numeral 1, en concordancia con el artículo 182 de la Constitución Nacional.

Qué se debe entender por conflicto de intereses? indudablemente, este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir en la actividad legislativa entre la persona del legislador (Representante o Senador) y el fin que persigue la ley; en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1o. de la Constitución Nacional.

El constituyente defirió a la ley la determinación de dicho concepto jurídico según lo impone la Constitución Nacional en el artículo 182, " La ley determinará lo relativo con los conflictos de intereses y las recusaciones".

La constitución previó en el artículo 183-1 dos causales para la pérdida de investidura de un congresista: **a)** La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y **b)** Violación del régimen de conflicto de intereses. La

primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (artículos 179 y 180); la segunda, como se dijo antes, se le defirió al legislador para que señalara su régimen.

Cuando el Constituyente habla de "régimen de inhabilidades e incompatibilidades" y de "régimen de conflicto de intereses" está impo- niendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, será posible conocer cuál o cuales conductas de los congresistas son atentatorias del mismo.

Esta labor no le es dado calificarla al juez sin la previa determinación legal.

B.- NATURALEZA DE LA LEY

La ley que la Sala aplicó en este caso (ley 5a. de 1992) no es del tipo de las que pueda contener el régimen de conflicto de intereses, pues ésta es una ley órganica que reglamenta la estructura y funcionamiento del Congreso en el ejercicio de sus funciones constitucionales.

Los artículos 286 y ss, de la Ley 5a de 1992 a que se hace referencia en el fallo son normas de procedimiento para los casos en que el conflicto de intereses se presente; pero no definen ni podían definir, las conductas constitutivas de conflicto de intereses.

El conflicto de intereses que, como ya se dijo, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previo el constituyente por una ley estatutaría conforme al artículo 152, literal a la cual tiene un procedimiento y unos contenidos distintos a la ley orgánica que aplica el fallo.

Esta ley hasta el momento no ha sido expedida, y por lo tanto la causal de desinvestidura prevista en el artículo 183-1 de la Constitución Nacional, denominada "conflicto de intereses" es hasta hoy inaplicable.

Atentamente,

Juan de Dios Montes Hernández.

Fecha : Ut supra.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONFLICTO DE INTERESES/HECHO SOBREVINIENTE/**(Aclaración de Voto).

> **No cabe duda de que el Congresista estaba obligado a declararse impedido, lo cual, como consta en el expediente, no hizo. En el proceso reposan varios documentos allegados con posterioridad al cierre de la etapa probatoria, que aunque no se analizaron por esta circunstancia, representan lo que la doctrina denomina "Hechos sobrevinientes", que corroboran la conducta irregular de aquél; v. gr., su designación en el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), como representante de esa Universidad. Es incuestionable que ese hecho ratifique que el Congresista sí tenía intereses en todo lo que tuviese que ver con la Universidad Cooperativa y sin embargo, participó activamente en el trámite de la ley en comento.**

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia : Proceso No. AC-796. Actor: Enrique Maldonado Santos.

Si bien compartí lo resuelto por la Sala, considero necesario hacer algunas precisiones en cuanto a los siguientes puntos:

1) El artículo 182 de la Constitución Política establece en su primera parte que **"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".(se subraya).

2) La Ley 5a, de 1992, -reglamento del Congreso-, determina categóricamente que **"cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera"** (Artículo 286; Aplicación), el congresista **"deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas"**, y también que en el libro de registro de intereses privados **"Consignarán la información relacionada con su actividad privada. En ella se incluirá la 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 país o fuera de él".**(Se subraya).

3) En ese orden de ideas, es ostensible que el Congresista César Pérez García, -tenía, por su vinculación en diferentes grados a la Universidad Cooperativa de Colombia-, una situación de carácter moral y económico que le impedía participar en los debates y aprobación relacionados con la expedición de la Ley 30 de 1992; con mucha mayor razón además, cuando en el texto del que vino a ser su artículo 132 se establecía un beneficio evidente, de bulto, para esa institución.

4) Así las cosas, no cabe duda de que el Congresista mencionado estaba obligado a declararse impedido para tal evento; lo cual, como consta en el expediente, no hizo.

5) Fuera de lo anterior, en el proceso reposan varios documentos allegados con posterioridad al cierre de la atapa probatoria, que aunque no se analizaron por esa circunstancia, representan lo que la doctrina denomina "Hechos Sobrevinientes", que corroboran la conducta irregular de aquél; v. gr., su designación en el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), como representante de esa universidad. Es incuestionable que ese hecho ratifica que el Doctor Pérez García sí tenía intereses en todo lo que tuviese que ver con la Universidad Cooperativa y sin embargo, participó activamente en el trámite de la ley en comento.

Estas evidencias, junto con las que analiza y desarrolla la sentencia, muestran que el congresista demandado se hizo incurso en la causal respectiva y, por ello, era procedente decretar la pérdida de su investidura, como lo hizo esta Corporación.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orujuela Góngora.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración de voto adhiere la Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONFLICTO DE INTERESES/**(Aclaración de Voto)

Debieron consignarse análisis profundos de la causal en sí y su repercusión Debió decirse así, que no consiste ese régimen de conflictos, de intereses en una prohibición a que quien ostente la calidad de Congresista para ser miembro de una sociedad o de una cooperativa o de un sindicato o de una asociación cualquiera, sino que cuando ello ocurra y al estudiarse un asunto que de manera directa beneficia a esa persona moral y concreta y específica, debe declararse impedido y separarse del conocimiento de tal asunto, que haya de dar origen a una ley.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Magistrado Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado AC-796. Actor: Enrique Maldonado Santos.

Está de acuerdo el suscrito con la decisión adoptada por la distinguida mayoría de la Sala y por ello dio su voto afirmativo a la misma. Sin embargo, comulgando, como comulga con el criterio esbozado por el honorable consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo cree pertinente escribir esta aclaración. Estima, en efecto, que siendo la acción -y los procesos- de pérdida de investidura de congresistas un Instituto de tan trascendentales, graves y relievantes manifestaciones en la vida ciudadana, de quien, ungido por el pueblo como su vocero en uno de los cuerpos colegiados de la rama

legislativa del poder, se ve privado, por obra de la sentencia a él adversa, del derecho a ser elegido en el futuro (ordinal 4o. del artículo 179 Constitución Nacional), amerita un estudio más profundo, máxime cuando el mismo va a incidir en los fallos que en lo porvenir se profieran respecto a casos semejantes.

La Constitución de 1991, al crear la referida figura y al colocar su efectividad concreta entre las facultades del Consejo de Estado (artículos 184 y 237, 5), puso en los hombros de los magistrados que lo integran, una responsabilidad histórica cuyas manifestaciones han de proyectarse con toda la mesura del caso. Las cinco causales que el artículo 183 de la Carta ha establecido para que se pierda la investidura de un congresista, si bien debe mirarse de manera objetiva, en cada caso específico ha de analizarse a espacio el aspecto subjetivo que llevó al acusado a incurrir en ella, máxime cuando, como se deriva de la lectura de tipificación de esas conductas, las mismas no están revestidas de igual gravedad y cuando, aún en los distintos eventos de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses, hay matices que es necesario medir para poder aplicarlos a la realidad, sin perder de vista que los congresistas son personas humanas con derechos fundamentales que han de privar , aunque en loable conjunción con los principios tutelares de la patria.

En el caso de autos surge, sin embargo, que el congresista acusado omitió dar cumplimiento a lo mandado por el artículo 182 de la Ley de Leyes, poniendo en conocimiento de la respectiva cámara su situación específica de carácter moral o económico que lo inhibía para participar en el trámite de asuntos sometidos a su consideración, como fue en lo atinente a las instituciones de economía solidaria, por cuanto en una de ellas tiene el manifiesto interés personal. Por ello, el suscrito voto favorable la ponencia que ahora es sentencia. Sin embargo, estima que debieron consignarse análisis profundos de la causal en sí y su repercusión. Debió decirse así, que no consiste ese régimen de conflicto de intereses en una prohibición a que quien ostente la calidad de congresista para ser miembro de una sociedad o de una cooperativa, o de un sindicato o de una asociación cualquiera, sino que cuando ello ocurra y al estudiarse un asunto que de manera directa beneficie a esa persona moral, concreta y específica, debe declararse impedido y separarse del conocimiento de tal asunto que haya de dar origen a una ley.

Con lo anterior, queda expresado el punto de vista del suscrito en materia de la pérdida de investidura de congresista y en relación con el caso que se juzgó a través del fallo de 18 de enero de 1994.

Atentamente y con todo respeto,

Alvaro Lecompte Luna.

CONGRESISTA/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/ **CONFLICTO DE INTERESES/ LEY ESTATUTARIA/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA**-Procedimiento/(Aclaración de Voto)

Estimé durante la discusión que el punto"Interés directo" ameritaba un estudio de fondo, como lo ameritaba el punto de si los artículos 286 y ss de la Ley 5a. de 1992 conformaban, para el caso, el régimen legal de los conflictos de intereses; o si ese régimen exigía una ley estatutaria en los términos de la Constitución. La sanción de desenvestidura, así, sin atenuantes y frente a cualquiera de las causales taxativamente señaladas en el artículo 183 de la Constitución, no guarda en todos los casos la regla de la proporcionalidad o del equilibrio que debe existir entre la falta cometida y la sanción. No se compadece que tengan el mismo trato, por ejemplo la indebida destinación de dineros públicos y el tráfico de influencias que la inasistencia a seis reuniones plenarias o el no tomar posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la instalación de las Cámaras. Porque si bien es cierto los ejemplos propuestos en primer término ameritan una sanción drástica y vitalicia, no sucede igual en los dos últimos.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referecia: Expediente No. AC-796. Actor: Enrique Maldonado Santos.

Estoy de acuerdo con la decisión tomada. Formalmente, estimo, está ajustada a la constitución y a la ley. Respeto y acato la resolución tomada porque mi solicitud de

aplazamiento del debate cumplido el 18 pasado fue denegada por la voluntad mayoritaria de la Sala, la cual consideró que había suficiente ilustración para decidir.

Estimé durante la discusión que el punto "Interés directo" ameritaba un estudio de fondo, como lo ameritaba el punto de si los artículos 286 y ss. de la Ley 5a. de 1992 conformaban, para el caso, el régimen legal de los conflictos de intereses; o si ese régimen exigía una ley estatutaria en los términos de la constitución.

Considero que la constitución fue excesivamente drástica en el manejo de la desinvestidura. Pero ese exceso, para mí, no hace inconstitucional la normatividad correspondiente de la carta. Pero debe, si, cuidarse la Sala en su manejo para no incurrir en moralismos y causar injusticias.

La sanción de desinvestidura, así, sin atenuantes y frente a cualquiera de las causales, taxativamente señaladas en el artículo 183 de la Constitución, no guarda en todos los casos la regla de la proporcionalidad o del equilibrio que debe existir entre la falta cometida y la sanción. No se compadece que tenga el mismo trato, por ejemplo, la indebida destinación de dineros públicos y el tráfico de influencias que la inasistencia a seis reuniones plenarias o el no tomar posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la instalación de las Cámaras, porque si bien es cierto los ejemplos propuestos en primer término ameritan una sanción drástica y vitalicia, no sucede igual en los dos últimos. Y así se podrían multiplicar los ejemplos.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración de voto adhieren los dres. JULIO CESAR UTIBE ACOSTA, ALVARO LECOMTE LUNA Y DANIEL SUAREZ HERNANDEZ. Este último además agrega: Entiendo que la ley que ha de reglamentar el llmado "Régimen de Conflicto de Intereses" de ser expedida en la modalidad de ley orgánica, en donde se determine claramente cuales conductas y circunstancias tipifican el referido conflicto; la Ley 5a. de 1992, que contiene el reglamento del Congreso, no podía referirse a este tópico. En lo señalado en los artículos 285, 286 y 287 de esta ley no se enumeran las conductas constitutivas del conflicto de intereses para los Parlamentarios, sino simples trámites o pasos Fundamentalmente el salvamento de voto de la Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF se reduce a lo siguiente:Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria que antecede, por las siguientes razones: Ya en el presente negocio tuve oportunidad de expresar mediante salvamento de voto, obrante a folios 89 y 90 del expediente, mi desacuerdo, tanto con la tramitación del presente por parte de la Sala Contenciosa, como con la adopción del procedimiento ordinario para los mismos efectos. A tales consideraciones me remito para fundamentar mi discrepancia con la providencia antecedente.

CONCEJAL/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Improcedencia/ **NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal

La solicitud de pérdida de investidura del Concejal no podrá ser admitida ni tramitada, por la elemental razón de que dicha figura no ha sido aún reglamentada a través de ley. Adicionalmente, la Carta Política de 1991, no precisó qué autoridad judicial es la competente para el trámite de dicha figura jurídica. No pasa en este evento lo que sí ocurre en tratándose de la pérdida de investidura de Congresistas, cuando el artículo 184 del Estatuto Superior establece que la pérdida de investidura de los Parlamentarios está atribuída al Consejo de Estado. Mientras no se dicte la ley que reglamente la pérdida de investidura de los miembros de las Corporaciones públicas de las entidades territoriales y, en especial, hasta tanto no se adscriba la jurisdicción y la competencia, sucede algo similar a lo que ocurre con la llamada acción de cumplimiento, esto es que no podrá admitirse el trámite tendiente al logro de tal fin.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., enero 24 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 007. Actor: Ana María Pasaje Morillo. Pérdida de investidura del señor José Antonio Torres Cerón-Concejal del Municipio de Albán (Nariño).

Procede el Despacho a estudiar la solicitud de Pérdida de la Investidura del Concejal del Municipio de Albán (Nariño), del señor José Antonio Torres Cerón, a

instancia de la señora Ana María Pasaje Morillo, para concluir si es del caso admitirla o inadmitirla.

En primer lugar, la accionante informa que el señor José Antonio Torres Cerón, fue elegido como Concejal del municipio de Albán el 8 de marzo de 1992, y se viene desempeñando como tal desde el 1o. de agosto del mismo año. Agrega que el 20 de agosto de 1993 fue elegido el referido señor José Antonio Torres Cerón como personero interino del municipio de San Bernardo (Nariño), en donde desempeña tal cargo desde el 1o. de septiembre de 1993.

La actora considera que se da la causal de Pérdida de Investidura del Concejal consagrada en el artículo 291, inciso 1o. de la Carta Política, en concordancia con lo prescrito por el artículo 312 inciso final *ibídem.*

La solicitud de Pérdida de Investidura del Concejal Torres Cerón no podrá ser admitida ni tramitada, por la elemental razón de que dicha figura no ha sido aún reglamentada a través de la Ley. Adicionalmente, la Carta Política de 1991 no precisó, qué autoridad judicial es la competente para el trámite de dicha figura jurídica. No pasa en este evento, lo que sí ocurre en tratándose de la Pérdida de Investidura de Congresistas cuando el artículo 184 del Estatuto Superior establece que la Pérdida de Investidura de los Parlamentarios está atribuída al Consejo de Estado y fija el término "no mayor de 20 días hábiles", para decidir.

Mientras no se dicte la ley que reglamente la Pérdida de Investidura de los miembros de las Corporaciones públicas de las entidades territoriales y, en especial, hasta tanto no se adscriba la jurisdicción y la competencia, sucede algo similar a lo que ocurre con la llamada acción de cumplimiento de leyes y actos administrativos de carácter general regulada por el artículo 87 de la Constitución, como lo ha entendido la Sala Plena del Consejo de Estado, esto es, que no podrá admitirse el trámite tendiente al logro de tal fin. Dicho de otra manera, el señalamiento de la jurisdicción y de la competencia requiere de proveimiento legal y no puede arrogárselas cualquier funcionario judicial.

Por lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

INADMITIR la solicitud de Pérdida de Investidura como Concejal del municipio de Albán (Nariño) del señor José Antonio Torres Cerón, pretendida por la ciudadana Ana María Pasaje Morillo.

Sin necesidad de desglose, devuélvansele los anexos a la actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE LA ACTUACION.

Daniel Suárez Hernández.

Nubia González Cerón, Secretaria

CONFLICTO DE JURISDICCION-Naturaleza/ **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA/ SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA**-Facultades/**NULIDAD PROCESAL**

Los llamados CONFLICTOS DE JURISDICCION, previstos por el artículo 216 del C.C.A., no constituyen proceso alguno, sino un elemental y simple trámite tendiente a definir cuál de las varias jurisdicciones, según la ley es la que debe resolver un mismo conflicto de intereses planteado ante diferentes jueces pertenecientes a distintas jurisdicciones; quien decide el conflicto será la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Dos errores protuberantes cometió el *a-quo,* ordenó tramitar un supuesto incidente que no tiene previsión legal y, por consiguiente, no era dable inventar o crear dicho trámite. El otro, consistió en pretender desatar el conflicto ante el planteado, mediante sentencia, como si se tratase de un clásico proceso Contencioso Administrativo con extremos demandantes y demandados, con pretensiones, con causa *petendi* fundamento de éste, etc. Se impone declarar la NULIDAD de todo lo actuado.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero dos (2) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. C-240. Actor: TELECOM. Conflicto de Jurisdicción.

Contra la sentencia de 25 de octubre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, la empresa TELECOM propuso recursos de apelación el

cual le fue concedido por el *a-quo* mediante auto del 30 de noviembre de 1993. Corresponde ahora a este despacho resolver si se admite o inadmite el referido recurso, para lo cual se tiene en cuenta los siguientes,

ANTECEDENTES

1.- Tal como aparece a folios 21 a 25 del cuaderno No.1 la empresa Telecom, a través de apoderado, con fundamento en lo preceptuado por el ordinal 216 del Código Contencioso Administrativo propone al Tribunal Administrativo de Caldas **"CONFLICTO DE JURISDICCION"**, con fundamento en que la señora Rosalba González de Ramírez simultáneamente, para la época de presentación del escrito (3 de junio de 1993) tramitaba dos procesos contra la referida empresa de telecomunicaciones, con base en los mismos hechos, pero ante dos autoridades judiciales distintas, a saber: el primero ante el Juzgado 6o. Laboral del Circuito de Bogotá y el segundo ante el Tribunal Administrativo de Caldas.

2.- La empresa Telecom sostuvo que la señora Rosalba González de Ramírez se encontraba vinculada con dicha empresa mediante un contrato de prestación de servicios, de carácter independiente, iniciado bajo el régimen del Decreto 750 de 1976 que culminó en mayo de 1990, o sea bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, razón por la cual las controversias surgidas de dicho negocio jurídico, en su sentir deben ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículos 131 y 132 del C.C.A.).

3.- Termina el solicitante afirmando que "De conformidad con lo previsto por el artículo 216 del C.C.A. y en concordancia con el mandato del artículo 254 de la Constitución Nacional y el Decreto No. 2652 del 25 de noviembre de 1991, respetuosamente me permito solicitar al H. Tribunal se dé el trámite de rigor para ante el Consejo Superior de la Judicatura con el fin de que se dirima el presente **CONFLICTO DE JURISDICCION".**

4.- Extrañamente el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante auto de 25 de junio de 1993, ordena tramitar incidente para luego resolver sobre el **CONFLICTO DE JURISDICCION** que se le planteaba, por lo que se dispuso notificar dicho auto a la señora Rosalba González de Ramírez, a quien se le corrió traslado de dicha solicitud por el término de tres (3) días.

5.- La señora Rosalba González de Ramírez descorre el traslado a que se refiere el punto inmediatamente anterior con su escrito de folios 34 y 35, mediante el cual acepta la existencia del proceso ante el Juzgado Laboral del Circuito de Bogotá, a la vez que informa que el proceso que se intentó ante el Tribunal Administrativo de Caldas, debía "estar en vía de archivarse toda vez que la accionante ha desistido de la acción".

"...De esta manera existiendo solamente el proceso que cursa ante el Juez Laboral del Circuito de Bogotá, es del caso disponer el **ARCHIVO DE ESTA DILIGENCIA** por cuanto no hay ningún conflicto que resolver".

6.- A folio 37 obra una certificación expedida por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se da cuenta de que con fecha 3 de septiembre de 1993 se aceptó el desistimiento de la demanda contra Telecom, presentada ante dicha autoridad judicial, habiendo cobrado ejecutoria tal proveído el 10 de septiembre de 1993.

7.- Alterando todo tipo de procedimientos, el Tribunal el 25 de octubre de 1993, profiere sentencia (?) mediante la cual dispuso:

"1o.- Desestimar las pretensiones que en demanda que dio origen al presente CONFLICTO DE COMPETENCIA, formuló la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -TELECOM, en contra de la señora Rosalba González de Ramírez.

"2o.- En firme la presente decisión archívense las diligencias".

CONSIDERACIONES

a) Sea lo primero dejar en claro que los llamados CONFLICTOS DE JURISDICCION, previstos por el artículo 216 del C.C.A., no constituyen proceso alguno, sino un elemental y simple trámite tendiente a definir cúal de las varias Jurisdicciones según la Ley es la que debe resolver un mismo conflicto de intereses planteado ante diferentes jueces pertinentes a distintas jurisdicciones. Concretamente el referido artículo 216 parte del principio de un conflicto entre la jurisdicción de lo Contenciosos Administrativo y al jurisdicción ordinaria, advirtiendo que no podrá suscitarse de oficio y que bien puede el interesado proponer tal conflicto ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del asunto. La parte final del inciso primero artículo 216, categóricamente señala que tales conflictos "...serán tramitados y decididos por el Tribunal Disciplinario", hoy Sala Jurisdiccional - Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

b) En los dos incisos finales del artículo 216 *ibídem* se regula lo atinente a la colisión negativa y a la colisión positiva de jurisdicciones, pero en uno y otro evento, quien decide el conflicto será la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superiror de la Judicatura, antes el Tribunal Disciplinario. Esta situación es bien lógica por cuanto ninguno de los dos juzgadores que se encuentran en conflicto, resulta ser superior jerárquico del otro, dado que pertenecen a distintas jurisdicciones. Entonces, por ello el legislador designó una autoridad diferente a aquellos para desatar el conflicto.

c) Dos errores protuberantes cometió el *a-quo* en lo que en la práctica resulta sencillo y elemental, tal como quedó visto en los dos ordinales anteriores. En efecto, ordenó tramitar un supuesto incidente que no tiene previsión legal y por consiguiente no era dable inventar o crear dicho trámite. El otro, consistió en pretender desatar el conflicto ante él planteado, mediante sentecia, como si se tratase de un clásico proceso Contencioso Administrativo con extremos demandantes y demandados, con pretensiones, con causa *petendi* fundamento de éste etc.

d) Como el Tribunal se arrogó, por si y ante si, un trámite que legalmente no corresponde, a más de que por sustracción de materia, desde el 10 de septiembre de 1993 dejó de existir válidamente la demanda incoada por la señora Rosalba González de Ramírez ante esa autoridad, se impone ahora declarar la NULIDAD de todo lo actuado, incluyendo el primer auto, esto es el de junio 25 de 1993, absteniéndose éste despacho de tramitar una segunda instancia innecesaria, y, en su lugar ordenar la devolución del expediente al *a-quo*, para que resuelva de conformidad a lo atrás señalado, teniendo el buen cuidado de que ya no existe el supuesto **CONFLICTO DE JURISDICCION** por haberse desistido válidamente de la demanda Contencioso Administrativa que había sido incoada ante esa autoridad.

Por lo expuesto, este Despacho.

RESUELVE:

Declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente del rubro, incluyendo el primero de los autos allí proferidos, esto es el 25 de junio de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Daniel Suárez Hernández

Nubia González Cerón, Secretaria General

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CONSEJO DE ESTADO/SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL-Improcedencia

El constituyente de 1991 atribuyó al Consejo de Estado la facultad de decretar la pérdida de la investidura de los Congresistas, y al efecto señaló las causales que dan lugar a ello. 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.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/PROCESO ORDINARIO/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA.

Dicho trámite aún no está señalado en ninguna norma legal y por tanto debe aplicarse el ordinario, lo cual no significa desconocer que tanto la Constitución como el artículo 304 de la Ley 5a. de 1992 quieren que la pérdida de investidura se tramite por un procedimiento especial y por eso este artículo dispone que "la ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente...". A juicio de la Sala de Decisión, los casos de pérdida de investidura por las 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 procedimeinto 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.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/SENTENCIA PENAL/ REGIMEN DE INHABILIDADES-Violación

Esta Sala ha sostenido mayoritariamente, que cuando se invocan las causales 4 y 5 del artículo 183 de la Constitución es necesario para admitir la solicitud, un previo pronunciamiento judicial, dado que se trata de conductas delictivas cuya imputabilidad debe ser decidida por la justicia penal. Además, así lo dispone el parágrafo 2o, del artículo 296 de la Ley 5a de 1992. Sin embargo como se observa que también se invoca la causal primera, es decir, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, causal que no exige pronunciamiento judicial previo, y se reúnen los demás requisitos, la Sala estima que debe revocarse el auto recurrido y admitir la solicitud en su integridad.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. AC-1432. Súplica. Actora: Elsy Cecilia Miranda de Miranda.

La doctora Elsy Miranda de Miranda y el señor Procurador Décimo Delagado ante el Consejo de Estado interponen recurso ordinario de súplica contra el auto de Sala Unitaria proferido el 13 de diciembre de 1993, mediante el cual la Magistrada Miren De La Lombana de Magyaroff resolvió abstenerse de dar trámite a la solicitud presentada por la Doctora Elsy Miranda de Miranda, para que el H. Consejo de Estado decrete la pérdida de la investidura del Congresista del Representante a la Cámara Jaime Lara Arjona.

EL AUTO RECURRIDO

Para abstenerse de dar trámite a la solicitud la Magistrada ponente tuvo en cuenta dos aspectos:

a) Que a su juicio, la competencia para decretar la pérdida de la investidura de los congresistas está atribuida por la Constitución y por la Ley 5a. de 1992 al Consejo de Estado en pleno.

b) Que no existe procedimiento especial señalado por la Ley, para dar trámite a estos asuntos.

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

Fundamenta su recurso la señora Elsy Miranda de Miranda en que la decisión recurrida discrepa de la tesis adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación consistente en que los casos en que la ley no haya señalado procedimiento especial debe seguirse el ordinario, consagrado en el Código Contencioso Administrativo.

Estima que lo anterior es razón suficiente para revocar el auto de 13 de diciembre de 1993.

El señor Procurador Décimo Delegado expresa argumento similar y cita en su apoyo provedencias de la Sala Plena Contencioso Administrativa.

A su vez el representante Jaime Lara Arjona constituye apoderado y por su intermedio manifiesta:

Que es correcta la decisión de Sala Unitaria puesto que la competencia en estos asuntos corresponde al Consejo de Estado en pleno, es decir, integrado no solamente por la Sala de lo Contencioso Administrativo sino por la Sala de Consulta y Servicio Civil, porque aun cuando el artículo 98 del C.C.A. indica que los miembros de la Sala de Consulta no tomará parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que corresponden a la Corporación, esta limitación fue modificada por los artículos 297 y 298 de la ley 5a. de 1992 que es posterior y expedida por el Organo Legislativo y no por el Ejecutivo como lo fue el Código Contencioso Administrativo; artículos estos que atribuyen la competencia para esta clase de asuntos sobre pérdida de la investidura de los congresistas al Consejo del Estado en pleno y no a una de sus Salas.

Que en consecuencia al tramitar y decidir estos procesos especiales por una de las Salas del Consejo de Estado se lesiona el debido proceso, garantizado por le artículo 29 de la Constitución Política.

En segundo término aduce que el procedimiento a seguir debe ser especial y no puede aplicarse el ordinario. Al efecto recuerda que el artículo 184 de la Constitución dispone que el Consejo de Estado decretará la pérdida de la investidura de acuerdo con la ley y en un término no mayor de 20 días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

Dice que esta es una orden del constituyente, reiterada en idénticos términos por el artículo 304 de la ley 5a. de 1992 y en consecuencia no se puede desconocer ni incumplir y menos por el Consejo de Estado. Analiza luego los pasos previstos en el procedimiento ordinario a fin de demostrar que es imposible cumplirlos en los 20 días hábiles previstos en la Constitución.

Termina argumentando que el artículo 206 del C.C.A. se aplica cuando hay un vacío en la ley, lo cual a su entender no ocurre en este caso, pues el artículo 304 de la

ley 5a. de 1992 dijo que para estos procesos sobre pérdida de la investidura congresional el procedimiento judicial a seguir será especial.

Para resolver SE CONSIDERA:

Es ya reiterada la tesis mayoritaria de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que la conduce a conocer de las solicitudes sobre pérdida de la investidura de los Congresistas y a decidirlas previa la aplicación del procedimiento ordinario, mientras el legislador señala el especial que se ajuste a la naturaleza de este asunto conforme a la Constitución.

Para ello ha tenido en cuenta lo siguiente:

El constituyente de 1991 atribuyó al Consejo de Estado la facultad de decretar la pérdida de la investidura de los Congresistas, y al efecto señaló las causales que dan lugar a ello.

Jamás se ha puesto en duda, que la providencia por la cual se resuelve una solicitud de pérdida de la investidura sea una providencia judicial que debe adoptarse previo un proceso de tal naturaleza, a fin de establecer y comprobar la existencia de causales que según la Constitución y la ley acarrean grave sanción.

En el artículo 301 de la ley 5a, de 1992, expresamente se menciona el "Proceso Judicial correspondiente" y el 304 ibídem de refiere a la "Declaración Judicial" de pérdida de investidura.

Siendo entonces un proceso judicial, 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 ibídem, 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

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

Fundamenta su recurso la señora Elsy Miranda de Miranda en que la decisión recurrida discrepa de la tesis adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación consistente en que los casos en que la ley no haya señalado procedimiento especial debe seguirse el ordinario, consagrado en el Código Contencioso Administrativo.

Estima que lo anterior es razón suficiente para revocar el auto de 13 de diciembre de 1993.

El señor Procurador Décimo Delegado expresa argumento similar y cita en su apoyo provedencias de la Sala Plena Contencioso Administrativa.

A su vez el representante Jaime Lara Arjona constituye apoderado y por su intermedio manifiesta:

Que es correcta la decisión de Sala Unitaria puesto que la competencia en estos asuntos corresponde al Consejo de Estado en pleno, es decir, integrado no solamente por la Sala de lo Contencioso Administrativo sino por la Sala de Consulta y Servicio Civil, porque aun cuando el artículo 98 del C.C.A. indica que los miembros de la Sala de Consulta no tomará parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que corresponden a la Corporación, esta limitación fue modificada por los artículos 297 y 298 de la ley 5a. de 1992 que es posterior y expedida por el Organo Legislativo y no por el Ejecutivo como lo fue el Código Contencioso Administrativo; artículos estos que atribuyen la competencia para esta clase de asuntos sobre pérdida de la investidura de los congresistas al Consejo del Estado en pleno y no a una de sus Salas.

Que en consecuencia al tramitar y decidir estos procesos especiales por una de las Salas del Consejo de Estado se lesiona el debido proceso, garantizado por le artículo 29 de la Constitución Política.

En segundo término aduce que el procedimiento a seguir debe ser especial y no puede aplicarse el ordinario. Al efecto recuerda que el artículo 184 de la Constitución dispone que el Consejo de Estado decretará la pérdida de la investidura de acuerdo con la ley y en un término no mayor de 20 días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

Dice que esta es una orden del constituyente, reiterada en idénticos términos por el artículo 304 de la ley 5a. de 1992 y en consecuencia no se puede desconocer ni incumplir y menos por el Consejo de Estado. Analiza luego los pasos previstos en el procedimiento ordinario a fin de demostrar que es imposible cumplirlos en los 20 días hábiles previstos en la Constitución.

Termina argumentando que el artículo 206 del C.C.A. se aplica cuando hay un vacío en la ley, lo cual a su entender no ocurre en este caso, pues el artículo 304 de la

ley 5a. de 1992 dijo que para estos procesos sobre pérdida de la investidura congresional el procedimiento judicial a seguir será especial.

Para resolver SE CONSIDERA:

Es ya reiterada la tesis mayoritaria de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que la conduce a conocer de las solicitudes sobre pérdida de la investidura de los Congresistas y a decidirlas previa la aplicación del procedimiento ordinario, mientras el legislador señala el especial que se ajuste a la naturaleza de este asunto conforme a la Constitución.

Para ello ha tenido en cuenta lo siguiente:

El constituyente de 1991 atribuyó al Consejo de Estado la facultad de decretar la pérdida de la investidura de los Congresistas, y al efecto señaló las causales que dan lugar a ello.

Jamás se ha puesto en duda, que la providencia por la cual se resuelve una solicitud de pérdida de la investidura sea una providencia judicial que debe adoptarse previo un proceso de tal naturaleza, a fin de establecer y comprobar la existencia de causales que según la Constitución y la ley acarrean grave sanción.

En el artículo 301 de la ley 5a, de 1992, expresamente se menciona el "Proceso Judicial correspondiente" y el 304 ibídem de refiere a la "Declaración Judicial" de pérdida de investidura.

Siendo entonces un proceso judicial, 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 ibídem, 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 preciso interpretar el numeral 3 del artículo 298 y el artículo 301 de la ley 5a. de 1992, por que una diferente resulta contraria al artículo 236 de la Constitución Política.

En manera alguna puede aceptarse que la ley 5a. de 1992, por la cual se expidió el Reglamento del Congreso, hubiera modificado el Código Contencioso Administrativo para atribuirle funciones jurisdiccionales a la Sala de Consulta y servicio Civil, pues ello en sentir de la Sala, resultaría contario a la Constitución.

En lo concerniente a la falta de procedimiento especial que permita decidir en un término no mayor de 20 días hábiles, estima la Sala que tampoco justifica el rechazo de la solicitud.

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".

Dicho trámite hasta ahora no está señalado en ninguna norma legal y por tanto debe aplicarse el ordinario, lo cual no significa desconocer que tanto la Constitución como el artículo 304 de la ley 5a. de 1992 quieren que la pérdida de la investidura se trámite por un procedimiento especial y por eso este artículo dispone que "la ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente...".

A juicio de la Sala de Decisión, los casos de pérdida de invetidura por las 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, aun cuando éste no permita adoptar decisiones definitivas 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 ejercela convirtiendo en letra muerta el artículo 183 de la Carta.

Dilucidados estos aspectos debe analizarse la petición misma a fin de determinar si es admisible.

Se fundamenta en el artículo 184 de la Constitución Política e invoca la peticionaria los artículos 179,180,181,182 y 183 *ibídem*.

Manifiesta que el Congresista Jaime Lara Arjona ha violado el Régimen de inhabilidades e incompatibilidades porque "ha venido actuando continuamente en su

citada condición de Representante a la Cámara y ha aprovechado su investidura parlamentaria para gestionar negocios ante entidades públicas, en interés propio y de terceros... y por tales actividades impropias de los miembros del Congreso ha incrementado su patrimonio incurriendo en enrriquecimiento ilícito por indebida destinación de dineros públicos y por trafico de influencias debidamente comprobado por la Procuraduría General de la Nación..."

Es decir, que se invoca como causales las contempladas en los numerales 1,4 y 5 del artículo 183 de la Carta.

Esta Sala ha sostenido mayoritariamente, que cuando se invocan las causales 4 y 5 del artículo 183 de la Constitución es necesario para admitir la solicitud, un previo pronunciamiento judicial, dado que se trata de conductas dilectivas cuya imputabilidad debe ser decidida por la justicia penal. Además, así lo dispone el parágrafo 2o, del artículo 296 de la ley 5a. de 1992.

Sin embargo como se observa que también se invoca la causal primera, es decir, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, causal que no exige pronunciamiento judicial previo, y se reúnen los demás requisitos, la Sala estima que debe revocarse el auto recurrido y admitir la solicitud en su integridad.

Por lo expuesto, la SALA DE DECISION.

RESUELVE :

Revocar el auto de Sala Unitaria proferido el 13 de diciembre de 1993, mediante el cual la Magistrada Ponente se abstuvo de dar trámite a la solicitud presentada por la Doctora Elsy Miranda de Miranda, para que el Consejo de Estado decrete la pérdida de la investidura de Congresista del Repersentante a la Cámara Jaime Lara Arjona.

En consecuencia se dispone:

Admitir la solicitud presentada por la Doctora Elsy Miranda de Miranda, para que se decrete la pérdida de la investidura de Congresista del Representante a la Cámara Jaime Lara Arjona, la cual deberá tramitarse por el procedimiento ordinario contemplado en los artículos 206 y ss del C.C.A.

Notifíquese personalmente al señor Jaime Lara Arjona en el Congreso de la República.

Notifíquese personalmente al señor Ministro de Gobierno, al señor Presidente del Congreso y al Agente del Ministerio Público.

Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos señalados en el numeral 5 del artículo 207 del C.C.A.

Reconócese como apoderado del señor Jaime Lara Arjona al Doctor José Ignacio Vives Echeverría en los términos del poder que le fue conferido (fl.33).

COPIESE, NOTIFIQUESE,CUMPLASE, Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, VUELVA EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DE ORIGEN, A FIN DE CONTINUAR SU TRAMITACION.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 1o. de febrero de 1994.

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

Nubia González Cerón, secretaria General.

INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS/SENTENCIA PENAL-Improcedencia/(Aclaración de Voto)

No existe -y ello es apenas obvio- ninguna norma o regla que señale que para reforzar la petición de pérdida de la investidura basada en las únicas causales que la Constitución indica en su artículo 183, que sea menester acompañar anexos relativos a las mismas. Y tampoco para las causales 4 y 5, que son las que atienden a la "indebida destinación de dineros públicos" y al "tráfico de influencias" debidamente comprobados. Todas ellas, obviamente, serán objeto de las pruebas que se hayan de practicar en el momento procesal oportuno.

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

Salvamento de Voto: *Magistrado Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. AC-1432. Actora: Elsy Cecilia Miranda de Miranda.

Con todo respeto, el suscrito cree necesario recordar algunos principios de Derecho procesal que la parte considerativa del proveído arriba referenciado parece soslayar, lo que motiva esta aclaración de su voto favorable.

Cuando el juez se halla en presencia de una demanda, tiene tres caminos a escoger según lo que resulta de la misma:

1o) O la rechaza ***in-límine*** y de plano cuando carezca de jurisdicción o de competencia o es evidente que hay vencimiento del término de caducidad para instaurarla; si carece de competencia, se envía a quien se considere que sí la tiene, en los otros eventos, se ordenará devolver los anexos al demandante sin necesidad de desglose.

2o) O la inadmite cuando no reúna los requisitos formales; cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley; cuando la acumulación de pretensiones en ella contenida, no reúna las condiciones de competencia para conocer de todas ellas; cuando las pretensiones se excluyan entre sí, salvo que se proponga como principales y subsidiarias o cuando no puedan tramitarse por el mismo procedimiento.-

Igualmente, se inadmitirá el libelo cuando no hubiere sido presentado en legal forma, o cuando el poder conferido no sea suficiente, o cuando se presenta directamente por una persona no abogada, excepto en los casos que la ley lo permite, o cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.

En cualquiera de estas circunstancias, el juez debe señalar el defecto o los defectos que advierta, para que el demandante los subsane en el término de cinco días. Si no lo hiciere, se rechazará la demanda.

3o) O la admite, si no observa que se está en presencia de alguno o algunos de los defectos descritos en los acápites anteriores.

Esos principios, consagrados de manera clara por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 85 y 86, son también, con algunas variantes, aplicables frente a las demandas que se incoen ante los órganos de lo contencioso administrativo.

Ahora bien: Se ha dicho por la jurisprudencia de esta corporación, aceptada por la mayoría de sus integrantes, que la acción que instituyó el artículo 184 de la Carta Política de 1991 sigue los cauces del procedimiento ordinario de lo contencioso administrativo, es decir, el señalado por el título XXIV, del libro 4o. De allí que no habiendo dudas para la mayoría de que el Consejo de Estado tiene jurisdicción y tiene competencia exclusivas para conocer de las demandas de solicitud de pérdida de investidura de un congresista (Artículos 184 y 237 Ord.5 de la Constitución) y no habiendo por ende, lugar a rechazo, habrá que determinarse si es admisible o inadmisible según las pautas que se recuerdan arriba.

No existe -y ello es apenas obvio- ninguna norma o regla que señale que para reforzar la petición de pérdida de la investidura basada en las únicas causales que la Constitución indica en su artículo 183, que sea menester acompañar anexos relativos a las mismas. Y tampoco para las causales 4 y 5, que son las que atienden a la "indebida destinación de dineros públicos" y al "tráfico de influencias" debidamente comprobados. Todas ellas, obviamente, serán objeto de las pruebas que se hayan de practicar en el momento procesal oportuno.

De manera que al no observarse en el caso *sub-lite* ningún defecto en la demanda que indica en su inadmisibilidad, hay que admitirla, como se hizo, sin que se tenga que esperar un pronunciamiento judicial previo sobre esas conductas. En el decreto de pruebas, se dispondrá lo pertinente, debiéndose admitir la demanda ***in integrum***, como se dijo finalmente en el último párrafo de las consideraciones en comentario.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha: ***ut supra.***

ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Requisitos/(Aclaración de Voto).

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

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora,*

Referencia: Expediente No. AC-1432. Actora: Elsy Cecilia Miranda de Miranda.

Con todo comedimiento me permito sintetizar las razones que me llevaron a aclarar mi voto en este asunto, a saber:

1. La Carta Fundamental no señaló ningún requisito para la acción ciudadana de pérdida de la investidura de un congresista. Por consiguiente, resulta errado aplicar la ley 5a de 1992 (Reglamento del Congreso), para deducir de su texto esa exigencia, cuando en verdad lo que ese ordenamiento parece establecer es que cuando se sindique a un congresista de la comisión de un delito, debe existir sentencia penal condenatoria

previa para que prospere dicha solicitud. Mas no en los casos en que no se le haga tal imputación.

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

3. Así las cosas, es evidente que la demanda debió admitirse desde el comienzo, en su totalidad; esto es, en lo que respecta con todas y cada una de sus pretensiones.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración de voto adhiere el Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

CONGRESISTA-Inhabilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/VALORES CONSTITUCIONALES/**(Aclaración de Voto)

La Sala ha decidido inaplicar las normas constitucionales que sirvieron de apoyo a la demanda, por ser inconstitucionales, como paso a explicarlo. La posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, ha sido adoptada por la doctrina extranjera, y en cuentra respaldo, en el derecho nacional. Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD Y LIBERTAD no resultan acaso seriamente comprometidos cuando en el artículo 179 de la Constitución , numeral cuarto (4o), se preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA". El universo que tienen los artículos que en la Constitución Nacional regulan todo lo relacionado con el régimen de INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES, deja la impresión de que el parlamentario que era PERSONA, en el momento de solicitar el apoyo popular, DEJA DE SERLO por la sola circunstancia de ser elegido. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho demanda 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.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. AC-1432. Pérdida de Investidura del señor Jaime Lara Arjona. Actor: Elsy Cecilia Miranda de Miranda.

Aunque estoy de acuerdo con la decisión, debo aclarar el voto para dejar en claro que, a mi juicio, la Sala ha debido inaplicar las normas constitucionales que sirvieron de apoyo a la demanda, por ser inconstitucionales, como paso a explicarlo.

La posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales ha sido aceptada por la doctrina extranjera, y encuentra respaldo, en el derecho nacional, en la posición jurídica fijada por los magistrados Doctores Luis Carlos Sáchica, Gustavo Gómez Velásquez, Humberto Mesa González, Luis Sarmiento Buitrago, Fernando Uribe Restrepo, Alvaro Luna Gómez y Darío Velásquez Gaviria, al salvar su voto cuando la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, profirió la providencia calendada el día dos (2) de octubre de mil novecientos ochenta (1980), Expediente No. 799. En lo sustancial de tal pieza jurídica, se lee:

> "6o.- Si se quiere, por otra parte, vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no sólo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino **POR LOS PRINCIPIOS IMPLICITOS EN LAS MISMAS Y POR LOS VALORES ENUNCIADOS COMO OBJETIVOS DE SU PRECEPTIVA;** estos son instancias ***supra***, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y toda aplicación de las normas positivas; y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario a la **JUSTICIA** tiene que ser contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia. En consecuencia, cuando las normas acusadas, **no importa su rango,** atenta contra la unidad nacional, la paz o la justicia, proclamadas en el preámbulo de la constitución como la razón de ser de la forma de vida colectiva en ella propuesta, el juez de constitucionalidad debe invalidarlas, ya que el derecho positivo no se justifica por si mismo.
>
> "7. **POR ESTO, NO ES ABSURDO PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA DISPOSICION CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS POSTULADOS DEL PREAMBULO**, ya que él forma parte de la Constitución, tiene, fuerza directiva sobre el texto constitucional y expresa los fines para cuya realización se simple herramienta la Constitución..." (Subrayas de la Sala).

Dentro de la misma perspectiva filosófica y jurídica discurre el tratadista español Dr. **ANTONIO E. PEREZ LUÑO**, en su obra **"LOS DERECHOS FUNDAMENTALES"**, Editorial Tecnos, Tercera Edición, páginas 58 y siguientes, cuando enseña:

> "La Constitución española ofrece, en este aspecto, un paradigma de complejidad, que hace muy difícil su elaboración sistemática. Es evidente que nuestra Ley de

leyes responde a un sistema de positivación mixto, por llevarse a cabo lo mismo a partir de clausulas o postulados generales que de normas específicas o casuísticas. Ahora bien, su formulación rebasa la tipología aludida, ya que entiendo que pueden distinguirse hasta cinco instrumentos distintos de positivación, los cuales, ordenados de menor a mayor precisión jurídico-positiva, aparecen como:

"1) Valores superiores del orden jurídico-político constitucional. Bajo esta acepción se alude a los derechos fundamentales en el Preámbulo de la Constitución, que viene a representar la sintesís de los valores básicos, en sentido análogo a lo que la doctrina germana denomina Grundwerte, asumidos por el más amplio sector de la sociedad española actual. Allí se indica que: "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos (...) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (...)".

"De forma expresa define también la Constitución "como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (artículo 1o. 1).

"2) Principios constitucionales. Aquí quedarían englobados una serie de principios dirigidos a delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales, como también una serie de postulados encaminados a orientar la acción de los poderes públicos. Así, el artículo 9o. 2 al prescribir que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". De igual modo que el artículo 10, que cifra en la dignidad de la persona el fundamento del orden político y de la paz social (apartado 1) y que establece como criterio hermeneútico de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España (apartado 2). También deben encuadrarse aquí los artículos 39 a 52 incluidos en el Capítulo III del Título I denominados "principios rectores de la política social y económica", sobre los que expresamente se afirma que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículos 53.3).

"3) Cláusulas generales. Un numeroso grupo de derechos fundamentales acogidos en el artículado de la Constitución y positivados como tales derechos, y no como principios, se hallan remitidos a la legislación orgánica para la

delimitación de su alcance y contenido. Entre otros pueden citarse, dentro de este apartado, el artículo 17.4 con respecto a la regulación del ***habeas corpus***; el 18.4, sobre la limitación del uso de la informática; el 20.3, sobre organización y control de medios de comunicación social; el 24.2 sobre la exención, por razones de parentesco o de secreto profesional, de la obligación de declarar sobre presuntos hechos delictivos; el 28.2 en materia del derecho a la huelga; el 29 en relación con el derecho de petición...

"4) Normas específicas o casuísticas. Nuestra Constitución proclama también en su texto articulado una serie de derechos de forma pormenorizada, sin hacer referencia a su ulterior desarrollo legislativo, de lo que se infiere que su positivación constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación. Tal es el caso, entre otros, del reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14) o la prohibición de los tribunales de honor (artículo 26).

"5) Normas de tutela. La Constitución española de 1978, aparte las normas encaminadas a formular positivamente los derechos fundamentales, recoge también distintas normas dirigidas a su garantía. Directa referencia a estos instrumentos jurídicos de defensa de los derechos fundamentales se halla en el artículo 53, o en el 54, que institucionaliza la figura del Defensor del Pueblo...".

"(...)

"La distinción entre el sistema de positivación a través de valores y principios y de normas específicas no carece de trascendencia práctica, ya que, mientras la doctrina no discute el alcance jurídico-positivo de los derechos fundamentales promulgados por el procedimiento casuístico, se da una profunda disparidad de criterios sobre el sentido normativo de los valores y principios. ya que mientras para determinados autores los valores y principios constitucionales son meros postulados programáticos, reflejo de determinadas ideologías filosóficas o políticas, que por su propia naturaleza no pueden traducirse en reglas obligatorias, para otros constituyen auténticas normas jurídico-positivas que imponen determinadas conductas, sea al poder legislativo, sea al poder ejecutivo o a la propia administración de justicia.

"Partiendo de una teoría general de la Constitución, la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de las denominadas "Normas constitucionales inconstitucionales", (Verfassungswidrige Verfassungsnormen, en la terminología de la doctrina alemana), con lo que se intenta subrayar la primacía hermenéutica de los valores, hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales que contradigan su sentido.

En este momento del discurso judicial, la Sala se pregunta: Los **VALORES JUSTICIA, IGUALDAD Y LIBERTAD** no resultan acaso seriamente

comprometidos cuando en el artículo 179 de la Constitución, numeral cuarto (4o.), se preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas **"QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA"?.** Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangélico **ROTHE** en 1869?

Un ordenamiento positivo **JUSTO** podrá consagrar una sanción de por vida". Y disponer que no se puede ser congresista porque en un momento dado de la existencia se profirió una sentencia de condena, en contra del parlamentario, sin entrar a distinguir el universo mismo que tuvo el delito? Una sanción penal, por unas lesiones personales, podrá tener las mismas consecuencias que otra, por un homicidio? No se atenta acaso contra la **DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA,** y contra el **VALOR IGUALDAD,** cuando se preseptúa en la Carta que los congresistas no podrán **DESEMPEÑAR CARGO PRIVADO,**sin hacer excepciones de ninguna naturaleza? No podrán ellos, por ejemplo, ser los administradores del edificio en donde viven, o Presidentes de la Junta del Colegio en donde estudian sus hijos?

No se viola, acaso, el **DERECHO FUNDAMENTAL** al **DEBIDO PROCESO** (Artículo 29 de la Constitución Nacional), cuando se dispone en el artículo 184 de la Carta, que la pérdida de la investidura será decretada en un término no mayor de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano? Dentro de plazo tan angustioso se podrá presentar todas las pruebas requeridas para la defensa, o controvertir las que se alleguen por los interesados? Acaso no se enseña en la docttrina que se viola **EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE** cuando se fija un plazo **INADECUADO** para atender a la defensa, o para cumplir la prestación? Con la fijación de término tan estrecho, para definir si se da el régimen de inhabilidades o de incompatibilidades, no estará obligado el fallador a hacer **UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD?** Y haciendo éste no podrá concluir que la norma constitucional es inconstitucional, por violar los **VALORES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES?**

Acaso no se ha enseñado, a través de la pedagogía oficial, que **"LA CARTA DE DERECHOS"** demanda una actitud interpretativa del Juez, diferente a la predominante en especialidades como el derecho civil o el derecho penal? (Los Derechos Fundamentales en la Cosntitución de 1991, Doctor Manuel José Cepeda, página 18, Editorial Temis).

Por qué se impide a los congresistas **GESTIONAR EN NOMBRES PROPIO O AJENO,** asuntos ante las autoridades públicas? Acaso el parlamentario no contrae obligaciones con sus electores? La gestión para que se paguen las deudas de la Nación en favor de los Departamentos o de los Municipios, o para que se inicie la carretera o se construya la escuela, es antijurídica? Es verdad que el parlamentario es el representante de **LA NACIÓN,** y por lo mismo, no queda vinculado por mandato alguno de persona o grupo. Pero como bien lo destaca Norberto Bobbio, en su obra **EL**

FUTURO DE LA DEMOCRACIA, "Y dónde podemos encontrar un representante que no represente intereses partículares? Ciertamente no en los sindicatos, de los cuales, por lo demás, depende la estipulación de acuerdos, como los acuerdos nacionales italianos sobre la organización y sobre el costo del trabajo, que tienen una enorme importancia política. ¿En el Parlamento? Pero, ¿qué representa la disciplina de partido sino una abierta violación de la prohibición del mandato imperativo? Aquellos que a veces huyen de la disciplina de partido aprovechándose del voto secreto, no son tal vez tachados como "francotiradores", o sea, como réprobos a los que hay que señalar a la condena pública?. La prohibición de mandato imperativo es, sobre todo una regla sin sanción. Por el contrario la única sanción temible por el diputado cuya reelección depende del apoyo del partido, es la derivada de la transgresión de la regla opuesta, que le impone considerarse vinculado al mandato que ha recibido del propio partido.

"Una prueba del desquite, me atrevería a decir definitivo, de la representación de los intereses sobre la representación política, es el tiempo de relación que se ha venido instaurando en la mayor parte de los Estados democráticos europeos entre los grandes grupos de intereses contrapuestos (representantes, respectivamente, de los industriales y de los obreros) y el Parlamento, una relación que ha dado lugar a un nuevo tipo de sistemas social que ha sido llamado, con razón o sin ella, neocorporativo. Tal sistema se caractariza por una relación triangular, en la que el Gobierno, idealmente representante de los intereses nacionales, interviene sólo como mediador entre las partes sociales y, como máximo, cual garante (por lo general impotente) de la observancia del acuerdo. Los que, hace unos diez años, elaboraron este modelo, que hoy se halla en el centro del debate sobre las "Transformaciones" de la democracia definieron la sociedad neocorporativa como una forma de solución de los conflictos sociales que se sirve de un procedimiento, el del acuerdo entre grandes organizaciones, que no tiene nada que ver con la representación política y que, por el contrario,constituye una expresión típica de representación de los intereses".

El universo que tienen los artículos que en la Constitución Nacional regulan todo lo relacionado con el régimen de**INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES,** deja la impresión de que el parlamentario que era **PERSONA,** en el momento de solicitar el apoyo popular, **DEJA DE SERLO** por la sola circunstancia de ser elegido. No deja de ser curioso que la misma Asamblea Constituyente, que definió que sus actos no tenían control alguno, consagrara en forma tan contradictoria, todo lo relacionado con el régimen a que ha venido haciendo referencia, pues si el pueblo elige como su representante, a quien no debería serlo, a la luz de cierta perspectiva moral, resulta bien difícil, por no decir imposible, **JUZGAR LA CONDUCTA DE LAS PERSONAS CON INDEPENDENCIA DE LAS NORMAS DE GRUPO,** que lo ha considerado digno de tener tal calidad. Como lo recuerda bien el profesor **DAVID LYONS,** "Los grupos sociales no constituyen agrupaciones simples y homogéneas de individuos que tienen opiniones coincidentes sobre todo. En la vida real los grupos sociales no sólo difieren entre si, sino que cada uno incluye a personas con muy diversas opiniones.

Aunque los miembros de un grupo determinado suelen compartir **CIERTOS VALORES BASICOS**, a menudo **DISCREPAN EN CUANTO A PROBLEMAS MORALES...**" (Etica y derecho. Ariel -Pág.32).

Para el caso vienen bien las enseñanzas de Henry David Thoreau cuando predica:

> "¿Nunca aprederán los hombres que la política no es la honradez y que jamás dictamina como justo lo moral sino que simplemente se guía por lo que es útil? La Política elige al candidato presentado que invariablemente es el diablo y, ¿qué derecho tienen los electores de sorprenderse porque el diablo no se comporte como un ángel de la luz? Lo que se necesita son hombres, no políticos, hombres íntegros que reconozcan que existe una ley superior a la Constitución o a la decisión de la mayoría. El destino de un país no depende de cómo se vote en las elecciones, el peor hombre vale tanto como el mejor en este juego; no depende de la papeleta que introduzcas en las urnas una vez al año, sino del hombre que echas de tu cuarto a la calle cada mañana".

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 demanda del juez gran poderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los **PERJUICIOS SUBLIMINALES**.

Preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de la investidura prevalezaca 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 puede 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 diferentes signos contra el **"Positivismo jurídico"** y el **"positivismo legal"** términos con los cuales la mayor parte de las veces entendemos sólo una sobrevaloración de la ley y de la dogmática orientada hacía la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición 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 inquietud anterior nace del respeto que merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho demanda 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 al máximo de prudencia jurídica. Si se entiende por régimen democrático como lo enseña **Norberto Bobbio** "... el conjunto de reglas de procedimiento para la formación 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 propias, las palabras del citado maestro filósofo, la Sala se resiste a contribuir, en casos como el presente, a destruir nuestra democracia siempre frágil siempre vulnerable, corrompible y a menudo corrompida, para hacerla perfecta". No 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 y Janés, páginas 15 y s.s.).

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta

CONGRESISTA-inhabilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/TRAFICO DE INFLUENCIAS/INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS/SENTENCIA PENAL/**(Salvamento de Voto).

No obstante que respecto de las causales 4 y 5 del artículo 183 de la Constitución Política y del presunto "enriquecimiento ilícito" invocado se ignora si la peticionaria dispone de copia de la sentencia penal correspondiente, que legitime la procedibilidad del trámite judicial en esta jurisdicción respecto de ellas. A términos del parágrafo 2o. del artículo 296 de la Ley 5a. de 1992, para proceder por aquellas causales "se requerirá previa sentencia penal condenatoria". Lo propio debe predicarse respecto de la causal primera del artículo 179 de la Constitución Política.

Consejo de Estado .- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto: *Dòctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. AC-1432. Actor: Elsy Cecilia Miranda de Miranda.

Con mi respeto usual, expongo las razones por las cuales salvé mi voto en la decisión que tomó la Sala al resolver el recurso de súplica interpuesto por la peticionaria Elsy Cecilia Miranda de Miranda.

Mi disentimiento no se originó por haber sido revocada la providencia recurrida, sino por la decisión que la sustituyó.

En efecto, se admitió para su trámite la solicitud, **en su integridad** (folio 54), no obstante que respecto de las causales 4 y 5 del artículo 183 de la Constitución Política y del presunto "enriquecimiento ilícito" invocado se ignora si la peticionaria dispone de copia de la sentencia penal correspondiente, que legitime la procedibilidad del trámite judicial en esta jurisdicción respecto de ellas.

A términos del parágrafo 2o. del artículo 296 de la ley 5a. de 1992, para proceder por aquellas causales "se requerirá previa sentencia penal condenatoria". Lo propio debe predicarse respecto de la causal primera del artículo 179 de la Constitución Política.

Sin la copia dela sentencia penal condenatoria la Sala aunque tiene jurisdicción, no adquiere competencia para darle trámite a la solicitud de pérdida de la investidura de un congresista cuando quiera que ella se fundamente en las mencionadas causales.

Y como la solicitud no podía admitirse **parcialmente** en lo que sí procedía, a mi juicio la sala debia concederle a la peticionaria el término legal para que corrigiendose su solicitud, de tal manera que hubiere oportunidad de establecer si existía competencia para conocer respecto **de todas** las causales de pérdida de investidura invocadas por ella.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz

REVOCATORIA DEL MANDATO/DERECHOS FUNDAMENTALES/ DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA/NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal

A pesar de que según el artículo 85 de la Carta la revocatoria del mandato es un derecho, se trata de un fenómeno ajeno a la administración de justicia, que se ubica en un terreno político. Además , aún no se encuentra definido el trámite que debe surtirse, ni si se trata de un derecho que se puede ejercerse individualmente o en forma colectiva por todos o parte de los electores, y lo que es más relevante, aquién compete decidir sobre su viabilidad.

Consejo de Estado .- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero diez y seis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente 006. Actor: Federalismo Liberal Colombiano - Edgar Sánchez.

El ciudadano Edgar Sánchez, diciendo actuar como director del federalismo Liberal Colombiano, solicita de esta Corporación revocar el mandato del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C., doctor Jaime Castro Castro. Invoca para el efecto los artículos 40 numerales 4, 5, 6 y 7; 85, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 29, 37, y 103 de la Constitución Nacional y el artículo 49 de Decreto 1421 de 1993.

El señor Humberto Rivera Ariza, invocando la condición de Presidente de la Corporación de Usuarios de Servicios Públicos, "Corpuservi". Se opone a la petición

material de estudio y allega copia de una consulta dirigida al Registrador Nacional del Estado Civil y la respuesta de la Directora Nacional Electora, informándole que:

"Hasta que no sean sancionados los proyectos de la ley de mecanismos de participación ciudadana y voto programático, no se puede dar aplicación a ellos" (fl.7).

CONSIDERACIONES

La revocatoria del mandato es un derecho que la Constitución Política otorga a los ciudadanos como un mecanismo de control sobre los elegidos y debe, según lo dispone el artículo 40 de la Carta, ejercerse "en la forma que establecen la Cosntitución y la ley". El artículo 103 de la misma, califica la revocatoria del mandato como un "mecanismo de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía" y dispone que la ley lo reglamentará.

Es evidente entonces, que a pesar de que según el artículo 85 de la Carta la revocatoria del mandato es un derecho, se trata de un fenómeno ajeno a la administración de justicia, que se ubica en un terreno político. Además aún no se encuentra definido el trámite que debe surtirse, ni siquiera se trata de un derecho que puede ejercerse individualmente o en forma colectiva por todos o parte de los electores y lo que es más relevante, aquién compete decidir sobre su viabilidad.

Por ahora solamente existen un proyecto de ley estatutaria , aprobado por el Congreso de la República, que al regular el "voto programático" reglamenta la revocatoria del mandato, disponiendo que la solicitud deberá ser presentada ante la Registraduría Nacional, organismo que será el encargado de convocar al pronunciamiento popular que decia la revocatoria, y que el memorial deberá estar suscrito por lo ciudadanos que hayan sufragado en la jornada electoral que escogió al respectivo mandatario, en un número no inferior al 40% del total de votos válidos emitidos.

El proyecto fue sometido al estudio previo de la Corte Constitucional, tribunal que declaró inexequibles algunos de sus preceptos en sentencia No. C 011 de 1994, de la cual cabe transcribir el siguiente párrafo que coincide con el pensamiento de esta Sala respecto a que no se trata de un derecho que pueda aplicarse antes de que se dicte la reglamentación que compete al legislador:

> "Es cierto que conforme al artículo 85 superior los derechos de participación consagrados en el artículo 40 son de aplicación inmediata, por lo cual se podría pensar que el derecho de revocatoria debería poder operar de manera inmediata, sin previo desarrollo legal, pero es igualmente cierto que la propia Constitución condicionó en tres ocasiones el ejercicio de tal derecho a una regulación legal previa. Así el propio artículo 40 señala que la revocatoria operara 'en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley'. Igualmente el artículo 103 señala que la Ley reglamentará los mecanismos de participación; finalmente el artículo 259 consagra que la ley reglamentará el ejercicio del voto programático. Lo anterior no significa que siempre que la Constitución remita a la ley no pueda

aplicarse directamente, pues la Constitución en el artículo 4o se consagra como norma de normas es decir, como derecho positivo aplicable. Sin embargo, la naturaleza del voto programático y el mecanismo de revocatoria hacen imposible su aplicación sin previa regulación legal".

En este orden de ideas el Consejo de Estado, en Sala Plena, debe reiterar sus pronunciamientos anteriores sobre su incompetencia para dar trámite a peticiones de revocatoria de mandato.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de dar trámite a la petición presentada por el ciudadano Edgar Sánchez en memorial de diciembre 16 de 1993 radicado bajo el número 006.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

la anterior decisión fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de febrero quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz , Jaime Betancur Cuartas, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren De La Lombana de Magyaroff, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Javier Henao Hidron, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Henández, Humberto Mora Osejo, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcós, Roberto Suárez Franco, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno, José Ignacio Narvaez García,* Conjuez.

Nubia González Cerón- Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA El salvamento de voto del Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA se refiere a lo siguiente: Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria, pero sólo en cuanto considero que la Sala de Consulta no ha debido intervenir en la votación, pues sus integrantes no son jueces, y por lo mismo, no pueden decidir en la materia que se estudia.

CONGRESISTA-Incompatibilidades/**CONTRATO/EXCEPCIONES/BIENES Y SERVICIOS**-Adquisición

Los Congresistas, durante el período constitucional respectivo, se encuentran impedidos, por regla general, para celebrar, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con las Entidades Públicas, so pena de perder la investidura por violación al régimen de incompatibilidades. Sin embargo, dentro de estas disposiciones claras y terminantes respecto a la prohibición para contratar impuesta a los parlamentarios, se previó un régimen de excepciones que permite a los congresistas, según ciertas condiciones, cumplir determinadas actividades contractuales sin que por ello se contravengan las proscripciones en ellas contenidas. Si la oferta y posterior venta del bien dado en fiducia fue parte de la negociación fiduciaría del banco como un contrato y un servicio ofrecido a la comunidad bajo condiciones comunes a todos los que lo solicitan, es obvio que el pacto de compraventa celebrado con la sociedad "Inversiones Sausalito Limitada" se realizó dentro de los parámetros de excepción previstos en los artículos 2o. literal c) de la Ley 11 de 1973 y 283, numeral 4o. de la ley 5a. de 1992, por ser dicho contrato parte integrante del negocio fiduciario. El contrato celebrado entre el Banco Central Hipotecario y la sociedad "Inversiones Sausalito Limitada", de la cual es socio el Senador José Blackburn, fue un convenio lícito realizado de acuerdo con la excepción contenida en las normas antes citadas. Por consiguiente habrá que admitirse que el Senador no violó el régimen de incompatibilidades previsto en los artículos 127 y 180 de la Constitución y 1o. y 282 de las Leyes 11 de 1973

y 5a, de 1992. Los préstamos concedidos por las entidades financieras son operaciones de crédito ofrecidas por tales entidades a su clientela, y es obvio que para su otorgamiento asegure su pago por medio de garantías reales o personales que son contratos permitidos por la ley y considerados por ésta como servicios al público bajo condiciones comunes a los que soliciten tales bienes y servicios.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintitres (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez.

Procede la Sala a decidir la petición presentada ante el Consejo de Estado por el ciudadano Fernando Luis Martínez Méndez, quien en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 184 de la Constitución Nacional e invocación de los artículos 180 y 183 de la Carta, solicitó la pérdida de la investidura de Senador de la República del doctor JOSE BLACKBURN CORTES, con fundamento en los siguientes hechos:

"El Senador José Balckburn Cortés fue elegido como tal en las elecciones que tuvieron lugar el 27 de octubre de 1991, para el período que terminará el 19 de julio de 1994; así lo declaró el Consejo Nacional Electoral mediante resolución No. 121 de 25 de noviembre de 1991 y le expidió la correspondiente credencial.

3. El Banco Central Hipotecario es una Sociedad de Economía Mixta, del orden nacional, sometida al régimen previsto por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 80 de 1976, y posteriormente en el artículo 2. 4. 3. 1. 1. del Decreto 1730 de 1991, por lo cual fue expedido el estatuto orgánico del sistema financiero, subrogado por el artículo 244, numeral 1, del decreto 663 de 1993.

Es sabido que las Sociedades de Economía Mixta se encuentran sometidas al régimen de las empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas es igual o superior al noventa por ciento de su capital social, según lo establecido en los artículos 3o. del Decreto 3.130 de 1968, 464 del Código de Comercio y 3o. del Decreto 130 de 1976.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado - y las sociedades sometidas al mismo régimen - hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, esto es, son entidades públicas según lo establecido en los artículos 115, 150, numeral 7 y 210 de la Constitución .

En síntesis **el Banco Central Hipotecario es una entidad pública.**

3. La sociedad Inversiones Sausalito Limitada es una sociedad comercial, domiciliada en esta ciudad, cuyo objeto es la planeación, ejecución compra y venta de urbanizaciones, lotes, casas, edificios, conjuntos residenciales y, en general, el desarrollo de toda clase de actividades relacionadas con la propiedad raiz y el ejercicio de las profesiones de Ingeniería y Arquitectura en sus diversas especialidades.

Son socios de la sociedad Inversiones Sausalito Limitada el Senador José Blackburn Cortés, titular de la mitad de las cuotas sociales y la sociedad Inurbe Limitada titular de la otra mitad.

La Sociedad Inurbe Limitada, a su vez, tiene como socios al Senador José Blackburn Cortés, titular de seis de las diez cuotas en que se encuentra dividido el capital; a la señora Consuelo Cárdenas de Blackburn, esposa del anterior, titular de una cuota; y a Andrés Felipe Blackburn Cardona, María Carolina Blackburn Cardona y María Viviana Blackburn Cardona, hijos del Senador José Blackburn Cortés, con una cuota cada uno. Esta sociedad fue constituida con el nombre de José Blackburn y Cía. Limitada, sólo que posteriormente le fue cambiado por el de Inurbe Limitada, que tiene actualmente.

Como se advierte, el ochenta por ciento del capital de la Sociedad Inversiones Sausalito Limitada pertenece al Senador José Blackburn Cortés; y en ese mismo porcentaje percibe las utilidades obtenidas en la actividad de la sociedad, claro está. El capital y las utilidades restantes, el veinte por ciento, son de su esposa y de sus hijos.

Quiere lo anterior decir que **los contratos que celebre con estidades públicas la sociedad Inversiones Sausalito Limitada han de entenderse celebrados, por interpuesta persona, por el Senador José Blackburn Cortés."** (fls. 2 a 5 cuaderno principal).

"...si el funcionario público es el dueño de una sociedad comercial y ésta contrata con el Estado los beneficios percibidos no se diluyen en ella misma sino que pasan a engrosar su patrimonio, hecho que desconoce la prohibición normativa, pues lo que se quiere evitar, esto es, el incremento del peculio partícular, se realizó de todas maneras a costa de las arcas oficiales (subrayé).

En el evento de las personas jurídicas, por ejemplo, su patrimonio está conformado por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños quienes, através de ellas, persiguen su propio beneficio, como atrás se puntualizó.

4. La Sociedad Sausalito (sic) Limitada celebró con el Banco Central Hipotecario el contrato que consta en la escritura pública No. 118 de 31 de enero de 1992 de la notaría Cuarenta y Tres del Círculo de Santafé de Bogotá; allí aparecen descritos su objeto y demás características. Sin embargo, vale la pena destacar:

a. La Beneficencia de Cundinamarca, fideicomitente, y el Banco Central Hipotecario, fiduciario, celebraron un contrato de fiducia mercantil mediante las escrituras públicas números 2.215 de 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuna y 4.512 de 15 de julio de 1991, de la Notaría Primera, ambas del Círculo de Bogotá;

b. En desarrollo de ese contrato, el banco en su calidad de fiduciario, adelantaba la ejecución y venta del proyecto denominado Ciudad Salitre, en Santafé de Bogotá, sobre los terrenos transferidos para tal efecto por la Beneficiencia de Cundinamarca.

c. En desarrollo de ese mismo contrato, el Banco celebró con Inversiones Sausalito Limitada el contrato que consta en escritura pública No.118 de 31 de Enero de 1992 de la Notaría Cuarenta y Tres del Círculo de Santafé de Bogotá;

d. La Sociedad Sausalito Limitada fue seleccionada para la celebración del contrato dentro del Concurso de Méritos, abierto por el Banco Central Hipotecario para el desarrollo de la Segunda (Sic) Etapa del sector I de la Ciudad Salitre, en Santafé de Bogotá;

e. La celebración del contrato con la nombrada sociedad fue decidida por la Junta Cordinadora del Proyecto Ciudad Salitre, integrada por un representante del Presidente de la República, por el Gobernador del departamento de Cundinamarca, por un miembro designado por la Junta Directiva del Banco Central Hipotecario, por el Síndico Gerente de la Beneficiencia de Cundinamarca y por el Presidente del Banco Central Hipotecario.

Entonces, repito, **el senador Blackburn Cortés contrató con el Banco Central Hipotecario entidad pública, por interpuesta persona".**

Considera el actor, basado en los anteriores presupuestos fácticos; que al celebrar la sociedad Inversiones Sausalito Limitada, de la cual es socio mayoritario el Senador Blackburn, un contrato de compraventa con el Banco Central Hipotecario, violó el régimen de incompatibilidades del Congreso de la República, en cuanto allí se prohibe a los congresistas contratar, por sí o por interpuesta persona, con entidades públicas del Estado. Estima que una persona contrata por interpuesta persona cuando el contrato es celebrado por sociedades de las que él o su familia forman parte; y en respaldo de tal apreciación reproduce algunos apartes de los autos de la H. Corte Suprema de Justicia de fechas 19 de noviembre de 1992 y 20 de enero de 1993, en los que se expresa que las incompatibilidades de los miembros del Congreso para contratar "surge cuando

tras el contratante se encuentran los intereses del congresista" y que "intermediario para contratar... también puede serlo una persona jurídica.... y de hecho siempre lo hace, pues no puede desconocerse que el contrato de sociedad tiene como finalidad el beneficio de sus socios" (auto de noviembre 19 de 1992)." Expresa, por tanto que,

> **"...si el funcionario público es el dueño de una sociedad comercial y ésta contrata con el Estado los beneficios percibidos no se diluyen en ella misma sino que pasan a engrosar su patrimonio, hecho que desconoce la prohibición normativa** pues lo que se quiere evitar, esto es, el incremento del peculio particular, se realizó de todas maneras a costa de las arcas oficiales (subraye).
>
> En el evento de las personas jurídicas, por ejemplo, su patrimonio esta conformado por el haber de los socios y sus actividades corresponden a la voluntad de sus dueños quienes, a través de ellas, persiguen su propio beneficio, como atrás se puntualizó." (folio 7 cuaderno principal).

Frente a los anteriores razonamientos y a los presupuestos de hecho relacionados, concluye el actor que el Senador José Blackburn Cortés "violó el régimen de incompatibilidades y en consecuencia ha de perder su investidura como lo ordenan los artículos 180 numeral 3 (sic) y 183 nueral 1, de la Constitución Política".

LA OPOSICION

Dentro del término legal el doctor José Libardo Blackburn Cortés contestó la demanda y en ella acepta su condición de Senador de la República para el período que vence el próximo 19 de julio de 1994; acepta igualmente la naturaleza jurídica del Banco Central Hipotecario, como Sociedad de Economía Mixta del orden nacional sometida al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y la existencia de un contrato de compraventa para la construcción de viviendas celebrado entre el citado Banco y la sociedad denominada Sausalito Ltda., de la cual se reconoce socio; pero niega que por esta contratación hubiere violado el régimen de incompatibilidades de los congresistas, ya que considera, apoyado en sentencia de la Sección Quinta de fecha 27 de abril de 1993. Radicación 0632 de Luis Dávila Rosas contra el acto de elección del doctor Félix Salcedo Baldión como Senador de la República, que la sociedad de la cual forma parte es persona jurídica diferente de las personas que la integran, por lo que válidamente no puede sostenerse que él como Senador y miembro de dicha sociedad hubiera celebrado, directa o por interpuesta persona, contrato alguno con la referida institución bancaria.

Sostiene, de otra parte, que la Constitución defirió a la ley la facultad de establecer excepciones al régimen de incompatibilidades establecido en el artículo 180 y en desarrollo de ella consagró las contenidas en los numerales 4o. y 8o. del artículo 283 de la Ley 5a de 1992, mediante las cuales se faculta a los congresistas para,

"4. Usar los bienes y servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.

...

8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana".

La consagración legal de todas las anteriores excepciones, da base al inculpado para estimar que no ha sido violado el régimen de incompatibilidades, pues considera que el contrato celebrado entre el Banco y la Sociedad de la cual forma parte, se realizó conforme a los presupuestos señalados en los citados numerales, en cuanto por el primero se autoriza al congresista el uso, goce y disfrute, como cualquier ciudadano, de los bienes y servicios ofrecidos por él Estado en condiciones comunes a quienes soliciten tales bienes y servicios; Y por el segundo, se le permite contratar con entidades del Estado la construcción de vivienda que tengan por objeto el beneficio de la comunidad, por ser aquella un derecho primordial y trascendente para su bienestar.

LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

a) Alegato del señor apoderado del Senador José Blackburn Cortés:

Una vez verificada una síntesis de la contestación de la demanda y de los hechos que, en su criterio, se desprenden de la documentación allegada al informativo, el señor representante judicial del Senador Blackburn Cortés, construye la defensa de su representado sobre los siguientes presupuestos:

1o.- Considera que el régimen jurídico vigente dentro de la etapa inicial de la negociación entre el Banco Central Hipotecario y la sociedad Invesiones Sausalito Ltda., era de derecho privado por cuanto para la fecha en que el contrato se celebró se hallaba vigente el Decreto 80 de 1976; no se pactó en el contrato de compraventa celebrado entre las dos entidades claúsula de caducidad; y las operaciones del Banco Central Hipotecario estaban regidas a las normas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme lo señalaba el artículo 7o. del Decreto 2822 de 1991; Concluye por tanto que:

"a).- El Banco Central Hipotecario en sus contratos estuvo y está sujeto a las normas del Derecho privado (Civil, Comercial, Laboral) siempre que no fuesen de obra pública o de empréstito o que siendo de otra naturaleza, se pactara en estos últimos la cláusula de caducidad, excepciones expresamente consagradas en el Decreto No. 80 de 1976.

b).- A partir del estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto No. 2822 del 18 de diciembre de 1991), el Banco Central Hipotecario está regido por las

normas del derecho privado y sujeto a la jurisdicción ordinaria. No puede, dentro del actual régimen jurídico, pactar, por ejemplo, la cláusula de caducidad.

c).- **Concasa** (acreedor hipotecario en este caso), se rige, igualmente por el régimen jurídico de derecho privado por ser una sociedad de economía mixta y, en lo pertinente, se le aplican el artículo 461 del Código de Comercio armónicamente - con los artículos 6o y 8o del decreto 1050 de 1968 y el artículo 3o del decreto 3130 de 1968.

d).- Analizada la etapa precontractual lo mismo que los contratos de compraventa y de hipoteca, en ambas rigió para el Banco Central Hipotecario y para Inversiones Sausalito Ltda., el derecho privado que aplica a las personas jurídicas.

e). Revisada estricta y meticulosamente la documentación que obra en este proceso, **por parte alguna aparecen elementos que configuren** (sic) **contratos de carácter administrativo".** (Fls. 234, 235 cuardeno principal).

2o.- Estima que el Banco central Hipotecario no puede considerarse como una entidad pública, no sólo porque su régimen legal corresponde al de las personas jurídicas de derecho privado, sino también porque las sociedades de economía mixta, al tenor del inciso 5o del artículo 115 de la Constitución Nacional, no forma parte de la Rama Ejecutiva del poder público por no estar incluidas dentro de la enumeración contemplada en dicha norma. En consecuencia al no ser una entidad pública no queda sujeta a la prohibición contenida en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Nacional que "Prohibe a los congresistas gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o celebrar con ellas contrato alguno, por sí o por interpuesta persona, salvo las excepciones que establezcan la ley".

3o.- Manifiesta, ademas, refiriendose a la sentencia del Consejo de Estado, Sala Electoral citada en la contestación de la demanda, que la incompatibilidad consagrada en la Constitución comprende únicamente al congresista y no a la sociedad de la cual aquél forma parte.

4o.- Finalmente expresa que aún en la hipótesis de que el Senador Blackburn Cortés hubiera contratado con el Banco Central Hipotecario, directamente como persona natural o indirectamente como miembro de la Sociedad Inversiones Sausalito Ltda., tales supuestos no constituyen violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas en la modalidad establecida por el numeral 2o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, por cuanto los numerales 4o y 8o del artículo 283 de la Ley 5a de 1992, cuyos textos trascribe, crearon sendas excepciones a tal prohibición que descartan toda ilicitud en la celebración del contrato. La primera por cuanto "Los Congresistas tienen derecho a gozar y disfrutar, como cualquier ciudadano colombiano, de tales bienes y serivicios entre los cuales el derecho a la vivienda sí nó (sic) es

absolutamente indispensable resulta primordial y trascendente para el bienestar de la comunidad"; y la segunda porque "El derecho de vivienda lo ampara la Constitución Política, precisamente porque sus beneficios se extienden a la comunidad colombiana".

En relación con esta última excepción la del numeral 8o. del artículo 283 de la ley 5 de 1992, considera que durante la etapa previa la compraventa cuestionada el concurso de méritos se realizó bajo el régimen de licitación mercantil, el cual estuvo orientado "a recibir ofertas de compra de predios y construcción de proyectos específicos de VIVIENDA, en IGUALDAD DE CONDICIONES PARA TODO EL MUNDO. No se estimó ni se podía estimar una mejor oferta ni se subastaron los lotes; Los precios estuvieron sometidos a reglas fijas de ajuste por inflación, según fórmulas establecidas en los pliegos de condiciones y no variaban, ni podían variar, por consideración al comprador", todo lo cual está acreditado con el acta de la Junta Coordinadora del Proyecto de Ciudad Salitre No. 61, en la que se autoriza al fiduciario para la celebración del contrato.

Respecto al crédito otorgado por Concasa a la sociedad Sausalito Limitada para adelantar la construcción de vivienda del proyecto, manifiesta el apoderado que en el proceso no existe prueba sobre la existencia de manipulación o gestión violatoria de las reglas que, en general, regulan los créditos concedidos por las Corporaciones de ahorro y vivienda a todos los ciudadanos.

Por último el apoderado del inculpado se refiere a un supuesto cargo, no incluido por el actor en su libelo, ni de él deducible, sobre una posible violación del numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, por el desempeño del doctor Blackburn Cortés del cargo de representante legal de la sociedad INURBE LTDA.

Como consecuencia de lo expuesto, solicita el señor apoderado del inculpado, se deniegue la solicitud de pérdida de la investidura como Senador de la República del doctor José Libardo Blackburn Cortés.

Adicional a su alegato de conclusión, señala el señor apoderado del Senador la existencia de un nuevo proceso en contra de su patrocinado, por lo que estima procedente la acumulación".

b) Alegato del Actor.

En escrito visible a folios 248 a 249, el actor, dando por acreditada la condición de Senador de la República del doctor José Blackburn Cortés durante el período que culmina el 19 de julio de 1994, y de la existencia en Escritura Pública de un contrato de compraventa entre el Banco Central Hipotecario , y la Sociedad Inversiones Sausalito Limitada, de la cual forma parte el Senador como miembro de ella y como integrante de la Sociedad Inurbe Limitada, sobre terrenos entregados en fiducia mercantil al Banco por la beneficencia de Cundinamarca para la ejecución y venta del proyecto de Vivienda "Ciudad Salitre", recaba la solicitud de pérdida de la investidura del mencionado Senador, de quien dice:

"...no puede alegar ignorancia de la Constitución y de la ley, primero, por ser ciudadano y miembro del Congreso, y además, por cuanto fue advertida la incompatibilidad por la Procuraduría General de la Nación, en respuesta a una consulta suya contenida en el oficio JB-91715 de agosto 20 de 1991 suscrita por el señor Procurador Auxiliar, que en la parte final expresa:

"Quisiera finalmente llamar su atención sobre el texto del artículo 127 de la Constitución, que al establecer algunas de las incompatibilidades para los servidores públicos y no hay duda que los Senadores poseen esa calidad, consagra la de celebrar contrato alguno con entidades públicas, por sí o por interpuesta persona, norma ésta que ante la generalidad de su redacción parece implicar que la incompatibilidad se extiende incluso a los eventos en que la sociedad cuente entre sus accionistas a un servidor público que no detenta el control accionario ni actúa como representante legal de la Entidad"." (fls. 253-254 cuaderno principal).

Estima que,

"...las sociedades son meras ficciones de la ley, que le atribuye a creaciones de papel los atributos de la persona humana, para facilitar el desarrollo capitalista, pero detrás de la fachada, actúa el hombre con toda su carga de amor, odio y codicia y la ambición de enriquecimiento, aunque para ello sea preciso saltar las talanqueras de la Constitución y la ley; así también, como en las tragedias griegas, detrás de las máscaras actúa la persona humana con todas sus cualidades negativas y positivas. Es por ello por lo que creo haber demostrado, en forma fehaciente, que el Senador José Blackburn Cortés contrarió el régimen de incompatibilidades que la Constitución Política y la ley prescriben, tal como lo afirmé en la demanda con la cual se inició este proceso, actuando en interés del cumplimiento de la Constitución y la ley." (Fls. 254- 255 cuaderno principal).

Respecto a las excepciones a las incompatibilidades que el representante judicial del Senador plantea, expresa lo siguiente:

"a. Cuando mediante la escritura pública número 118 del 31 de enero de 1992, se celebró el referido contrato de compraventa entre Inversiones Sausalito Limitada y el Banco Central Hipotecario, se encontraba vigente la ley 11 de 1973; la Ley 5a. de 1992, fue expedida el 17 de junio de 1992, varios meses después, y cabe señalar que el artículo 282, numeral 2, de esta última ley, reitera que está prohibido a los Congresistas celebrar con entidades públicas por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, esto es, contratos de derecho público o de derecho privado.

b. Cuando el artículo 283, numeral 8, de la Ley 5a. de 1992, permite a los Congresistas intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo ante los organismos del estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de

absolutamente indispensable resulta primordial y trascendente para el bienestar de la comunidad"; y la segunda porque "El derecho de vivienda lo ampara la Constitución Política, precisamente porque sus beneficios se extienden a la comunidad colombiana".

En relación con esta última excepción la del numeral 8o. del artículo 283 de la ley 5 de 1992, considera que durante la etapa previa la compraventa cuestionada el concurso de méritos se realizó bajo el régimen de licitación mercantil, el cual estuvo orientado "a recibir ofertas de compra de predios y construcción de proyectos específicos de VIVIENDA, en IGUALDAD DE CONDICIONES PARA TODO EL MUNDO. No se estimó ni se podía estimar una mejor oferta ni se subastaron los lotes; Los precios estuvieron sometidos a reglas fijas de ajuste por inflación, según fórmulas establecidas en los pliegos de condiciones y no variaban, ni podían variar, por consideración al comprador", todo lo cual está acreditado con el acta de la Junta Coordinadora del Proyecto de Ciudad Salitre No. 61, en la que se autoriza al fiduciario para la celebración del contrato.

Respecto al crédito otorgado por Concasa a la sociedad Sausalito Limitada para adelantar la construcción de vivienda del proyecto, manifiesta el apoderado que en el proceso no existe prueba sobre la existencia de manipulación o gestión violatoria de las reglas que, en general, regulan los créditos concedidos por las Corporaciones de ahorro y vivienda a todos los ciudadanos.

Por último el apoderado del inculpado se refiere a un supuesto cargo, no incluido por el actor en su libelo, ni de él deducible, sobre una posible violación del numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, por el desempeño del doctor Blackburn Cortés del cargo de representante legal de la sociedad INURBE LTDA.

Como consecuencia de lo expuesto, solicita el señor apoderado del inculpado, se deniegue la solicitud de pérdida de la investidura como Senador de la República del doctor José Libardo Blackburn Cortés.

Adicional a su alegato de conclusión, señala el señor apoderado del Senador la existencia de un nuevo proceso en contra de su patrocinado, por lo que estima procedente la acumulación".

b) Alegato del Actor.

En escrito visible a folios 248 a 249, el actor, dando por acreditada la condición de Senador de la República del doctor José Blackburn Cortés durante el período que culmina el 19 de julio de 1994, y de la existencia en Escritura Pública de un contrato de compraventa entre el Banco Central Hipotecario , y la Sociedad Inversiones Sausalito Limitada, de la cual forma parte el Senador como miembro de ella y como integrante de la Sociedad Inurbe Limitada, sobre terrenos entregados en fiducia mercantil al Banco por la beneficencia de Cundinamarca para la ejecución y venta del proyecto de Vivienda "Ciudad Salitre", recaba la solicitud de pérdida de la investidura del mencionado Senador, de quien dice:

"...no puede alegar ignorancia de la Constitución y de la ley, primero, por ser ciudadano y miembro del Congreso, y además, por cuanto fue advertida la incompatibilidad por la Procuraduría General de la Nación, en respuesta a una consulta suya contenida en el oficio JB-91715 de agosto 20 de 1991 suscrita por el señor Procurador Auxiliar, que en la parte final expresa:

"Quisiera finalmente llamar su atención sobre el texto del artículo 127 de la Constitución, que al establecer algunas de las incompatibilidades para los servidores públicos y no hay duda que los Senadores poseen esa calidad, consagra la de celebrar contrato alguno con entidades públicas, por sí o por interpuesta persona, norma ésta que ante la generalidad de su redacción parece implicar que la incompatibilidad se extiende incluso a los eventos en que la sociedad cuente entre sus accionistas a un servidor público que no detenta el control accionario ni actúa como representante legal de la Entidad"." (fls. 253-254 cuaderno principal).

Estima que,

"...las sociedades son meras ficciones de la ley, que le atribuye a creaciones de papel los atributos de la persona humana, para facilitar el desarrollo capitalista, pero detrás de la fachada, actúa el hombre con toda su carga de amor, odio y codicia y la ambición de enriquecimiento, aunque para ello sea preciso saltar las talanqueras de la Constitución y la ley; así también, como en las tragedias griegas, detrás de las máscaras actúa la persona humana con todas sus cualidades negativas y positivas. Es por ello por lo que creo haber demostrado, en forma fehaciente, que el Senador José Blackburn Cortés contrarió el régimen de incompatibilidades que la Constitución Política y la ley prescriben, tal como lo afirmé en la demanda con la cual se inició este proceso, actuando en interés del cumplimiento de la Constitución y la ley." (Fls. 254- 255 cuaderno principal).

Respecto a las excepciones a las incompatibilidades que el representante judicial del Senador plantea, expresa lo siguiente:

"a. Cuando mediante la escritura pública número 118 del 31 de enero de 1992, se celebró el referido contrato de compraventa entre Inversiones Sausalito Limitada y el Banco Central Hipotecario, se encontraba vigente la ley 11 de 1973; la Ley 5a. de 1992, fue expedida el 17 de junio de 1992, varios meses después, y cabe señalar que el artículo 282, numeral 2, de esta última ley, reitera que está prohibido a los Congresistas celebrar con entidades públicas por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, esto es, contratos de derecho público o de derecho privado.

b. Cuando el artículo 283, numeral 8, de la Ley 5a. de 1992, permite a los Congresistas intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo ante los organismos del estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de

salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana, no les autoriza para contratar para beneficio propio.

c. Es impertinente la cita del numeral 4 del artículo 180 de la Constitución, referido como está a la contratación con personas naturales o jurídicas de derecho privado, no con entidades públicas, como el Banco Central Hipotecario. Pero, además, los bienes y servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones son aquellos tales como los de luz, agua, teléfono, transporte público, etc., pero como lo advirtió la Procuraduría al senador Blackburn Cortés en el oficio antes citado, "obviamente esos contratos que se ofrecen en condiciones comúnes a todos los que los solicitan no son los concursos de méritos y mucho menos los contratos de construcción u obra pública".".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Solicita la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo, la pérdida de la investidura de Senador del Doctor José Libardo Blackburn Cortés por hallar comprobado que, en su condición de congresista, celebró por interpuesta persona, con el Banco Central Hipotecario, un contrato de compraventa cuya naturaleza y contenido están determinados en la escritura pública No. 118 del 31 de enero de 1992, por lo que estima incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral segundo del artículo 180 de la Carta.

Tal deducción la deriva de los siguientes presupuestos fácticos:

"-El señor José Blackburn Cortés fue elegido por elección popular el día 27 de octubre de 1991, como Senador de la República para el período que terminará el 19 de julio de 1994, como lo declaró el Consejo Electoral en la Resolución No.121 de 25 de noviembre de 1991.

- El Senador José Blackburn Cortés es socio (titular de la mitad de las cuotas sociales) de la Sociedad Inversiones Sausalito Ltda. (Escritura Pública No. 0969 de 13 de abril de 1978).

- El Senador José Blackburn Cortés, es también socio de Inurbe Ltda, sociedad comercial que en un comienzo tuvo como razón social el nombre del mencionado Senador. De esta sociedad son socios la esposa del senador y los hijos de ellos.

- La Sociedad Inurbe Limitada, es a su vez titular de la mitad de las cuotas sociales de la Sociedad Inversiones Sausalito Ltda.

- La Sociedad Sausalito Ltda, celebró con el Banco Central Hipotecario el contrato No.118 de 31 de enero de 1992, Notaría 43 de Santafé de Bogotá, D.C.

- El Banco Central Hipotecario en una Sociedad de Economía Mixta del orden nacional sometida àl régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado". (Fls. 220 - 221 cuaderno principal).

Con base en los anteriores hechos estima la distinguida Agente del Ministerio Público que el Senador Blackburn Cortés incurrió en la incompatibilidad señalada en el artículo 180-2, por cuanto su tipificación se presenta no solamente cuando es el congresista el que directamente contrata con la entidad oficial, sino también cuando la transacción es acelerada por interpuesta persona, utilizando el parlamentario los oficios de otra persona, sea ella natural o jurídica.

Considera entonces que al realizar el congresista *"...un contrato de cualquier de naturaleza que éste sea a través de una sociedad comercial, es sin lugar a dudas hacerlo por interpuesta persona. Cuando una sociedad comercial gestiona o celebra un contrato, lo hace necesariamente en interés de sus socios, pues todo lo que haga la sociedad es en procura del beneficio de sus integrantes, beneficio este que tiene un valor económico; de no ser así, sería otra la naturaleza del ente social, como por ejemplo una fundación con fines de beneficencia social, cultura etc.*

Lo que produzca la sociedad mercantil es repartido entre los socios que la integran, precisamente para obtener esas ganancias económicas se reunen sus integrantes. El nacimiento del nuevo ente o persona jurídica, en nada cambia lo dicho anteriormente, y afirmar como lo pretende, la parte opositora, que se trata de dos personas distintas, la persona natural del Senador y la persona jurídica, de la sociedad, no es más que un argumento que lo sumo podría alegarse dentro de cualquier otro tipo de proceso, pero no en el presente. Aceptarlo es tanto como admitir unas argucias para violar el verdadero sentido y espiritu de la prohibición constitucional consagrada en el artículo 180, y legal establecida en la Ley 05 de 1992 arts. 281 y 282". (fls. 224- 225).

Basta entonces para el Ministerio Público que *"exista un interés económico de por medio en la contratación que pretenda realizar la sociedad mercantil y que ese interés se traduzca en beneficio o dividendos, para saber que bien puede darse la posibilidad de que el congresista haga valer sus influencias para obtener privilegios y ventajas, que no tendrían los demás ciudadanos. Es precisamente ese tráfico lo que se quiere evitar, de suerte que la selección de los proponentes y la contratación que deban realizar las entidades del Estado se haga en igualdad de condiciones para que todos los oferentes y con el solo interés de escoger la propuesta más favorable y conveniente, libre justamente de cualquier clase de presiones e influencias. De ahí pues que también el estatuto contractual, Decreto 222/84, en su artículo 10o. le prohiba igualmente a los empleados oficiales celebran (sic) contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades públicas".* (Fls. 226 - 227).

En cuanto al argumento de la parte opositora al pretender establecer una distinción radical entre las personas naturales que integran una sociedad y la jurídica resultante del acuerdo de aquellas, estima acomodada tal interpretación, pues si bien para algunos

efectos tal apreciación es procedente, *"no lo es cuando se trata de asuntos que atañen con la moralización, transparencia y pulcritud con que deben actuar las corporaciones públicas y obviamente sus integrantes".*

Respecto a las excepciones al régimen de incompatibilidades planteadas por el representante judicial del Senador Blackburn, con apoyo en los numerales 8o. y 4o. del artículo 283 de la ley 5a., de 1992, expresa que las actividades autorizadas en el primero de los numerales citados deben realizarse no en beneficio propio sino de la comunidad, ya que en realidad lo que la ley permite es "la obtención de servicios y ayudas para la salud, la educación, la vivienda, las obras públicas, todo en beneficio de la comunidad", por lo que no puede confundirse la obtención de un beneficio personal directo o indirecto derivado de una contratación con una entidad pública, con la gestión o intervención del Congresista en ciertas materias, para la obtención de un beneficio en favor de la comunidad colombiana.

En cuanto a la excepción consagrada en el numeral 4o de la expresada norma legal, sostiene que los supuestos en ella consagrados no tienen relación ninguna con la celebración de contratos de construcción de planes comerciales de vivienda, ya que su contenido *"se refiere al derecho que tienen todos los ciudadanos a utilizar los servicios públicos como por ejemplo la energía, el agua, los teléfonos, etc. y a usar los bienes del Estado como por ejemplo las calles, carreteras, aeropuertos. En nada se relaciona lo anterior con la celebración de contratos para la construcción de planes comerciales de vivienda;* por lo que estima desafortunadamente la interpretación que se le pretende dar a tal excepción.

Finalmente, solicita se declare la pérdida de investidura del senador JOSE BLACKBURN CORTES, ya que considera que celebró, por interpuesta persona, *"el contrato a que se refiere la escritura Pública No. 118 de enero 31 de 1992 con una entidad pública, incurriendo de esta manera en la prohibición del numeral 2o. del artículo 180 de la Constitución Nacional.*

Dentro del término durante el cual se dio trámite al recurso de súplica presentado por el representante judicial del Doctor Blackburn Cortés, el abogado José Ignacio Vives Echeverría, solicitó se le reconociera como "Parte Impugnante en la demanda", a lo cual accedió la Sala en auto del 7 de diciembre del año próximo pasado.

CONSIDERACIONES

Basado en los artículos 180, numeral segundo, 183 al numeral primero, y 184 de la Constitución Nacional y en el artículo 1o, literales a) y b) de la Ley 11 de 1973, el doctor FERNANDO LUIS MARTINEZ MENDEZ portador de la Cédula de Ciudadanía número 79.155.751 de Usaquén, solicita al Consejo de Estado la pérdida de la investidura como Senador de la República del doctor José Libardo Blackburn Cortés, petición que fundamenta en el hecho de que el mencionado Senador a través de la sociedad denominada "Inversiones Sausalito Limitada", de la cual es socio, celebró

con el Banco Central Hipotecario sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, un contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 118 de fecha 31 de enero 1992, de la Notaría 43 del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante el cual el Banco, obrando en su condición de fiduciario y en desarrollo del contrato de FIDUCIA MERCANTIL concertado con la Beneficiencia de Cundinamarca el 5 de julio de 1987, mediante escritura número 2.215 de la Notaría de Bogotá y prorrogado en instrumento público 4.512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría 1a. de la misma ciudad, transfirió a título de venta por la suma de $262.418.665, a la sociedad antes mencionada, con la finalidad, condiciones y limitaciones especificas en el contrato "el derecho de dominio y la posesión que el primero tiene sobre el lote de terreno ubicado en esta ciudad de Santafé de Bogotá. D.C., conocido en el Diseño Urbanístico de Ciudad Salitre como Lote L2 de la Manzana M3 de la Supermanzana Veinte (20) del sector I (SMI-20, M3, L2)", cuya cabida y alinderación se encuentran señalados en el referido contrato de compraventa (Fls. 30-47 cuaderno principal).

En relación con la anterior acusación, dentro del proceso se pudo establecer lo siguiente:

1.- Que el Doctor José Blackburn Cortés mediante escritura 4.184 del 5 de agosto de 1971 de la Notaría 4a. de Bogotá, constituyó con la señora Consuelo Cárdenas Sánchez de Blackburn y con Andrés Felipe, María Carolina y María Liliana Blackburn una sociedad comercial denominada "J. L. BLACKBURN Y CIA. LIMITADA INGENIEROS CONSTRUCTORES", con capital de "1.000.000 y término de duración de 28 años, cuyo objeto social es:

> "PROYECTAR, EJECUTAR, ADMINISTRAR Y SUPERVISAR OBRAS DE INGENIERIA DE TODA INDOLE, ASI COMO TODO TIPO DE NEGOCIO DE FINCA RAIZ EN GENERAL, ASI MISMO PODRA PROYECTAR, EJECUTAR, ADMINISTRAR Y SUPERVISAR OBRAS EN URBANIZACIONES, PARCELACIONES, CONSTRUCCION DE CASAS, DEPARTAMENTOS U OTRAS IDENTIFICACIONES, Y EN GENERAL, CELEBRAR Y EJECUTAR CUANTOS ACTOS O CONTRATOS SE RELACIONAN DIRECTAMENTE CON EL OBJETO SOCIAL. LA SOCIEDAD PODRA ADQUIRIR, CONSERVAR DAR O TOMAR EN ARRENDAMIENTO, GRAVAR Y ENAJENAR TODA CLASE DE BIENES MUEBLES O INMUEBLES QUE SEAN NECESARIOS PARA EL LOGRO DE LOS FINES PRINCIPALES; TAMBIEN PODRA EFECTUAR CUALQUIER CLASE DE OPERACION DE CREDITO ACTIVO O PASIVO, CON GARANTIAS REALES O PERSONALES O SIN ELLAS, LO MISMO QUE GIRAR, ACEPTAR, NEGOCIAR, AVALAR, DESCONTAR, DESCARGAR TODA CLASE DE TITULOS VALORES

Y DEMAS DOCUMENTOS CIVILES E IGUALMENTE ENAJENAR LOS BIENES RAICES DE SU PROPIEDAD Y DAR EN PRENDA MUEBLES TOMAR O DAR DINERO U OTROS OBJETOS, EN MUTUO DEPOSITO O COMODATO, INTERVENIR EN LA CONSTITUCCION DE SOCIEDADES O ASOCIACIONES, CUYO OBJETO SEA SIMILAR A LOS EXPRESADOS O QUE FACILITEN SU CUMPLIMIENTO; INTENTIR SUS FONDOS EN LA ADQUISICION DE ACCIONES Y OTROS TITULOS DE PARTICIPACION EN SOCIEDADES O ASOCIACIONES DE TAL CARACTER Y ENAJENARLOS CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS POR MOTIVOS AJENOS A ESPECULACION, LO HICIERAN ACONSEJABLE O NECESARIO ADQUIRIR EMPRESAS COMERCIALES CUYO OBJETO SOCIAL SEA EN ANTES DESCRITO; FUSIONAR LA SOCIEDAD CON OTRAS DE OBJETO IGUAL O QUE FACILITEN SU CUMPLIMIENTO O INCORPORARSE EN ELLAS O ABSORBERLAS. SE ENTENDERAN INCLUIDOS EN EL OBJETO SOCIAL, LOS ACTOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL MISMO Y LOS QUE TENGA COMO FINALIDAD EJERCER LOS DERECHOS O CUMPLIR LAS OBLIGACIONES LEGAL O CONVENCIONALMENTE DERIVADAS DE LA EXISTENCIA O ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD".

Posteriormente la sociedad modificó, por escritura 2.585 del 25 de septiembre de 1979 de la notaría 18 de Bogotá, su denominación social por la de "JOSE BLACKBURN Y CIA. LIMITADA", designó como Gerente al doctor José Blackburn Cortés, quien desempeñó las funciones como tal hasta el 24 de agosto de 1993, fecha en la cual fue designado para reemplazarlo por el señor Miguel Eduardo Fajardo Ortiz.

En marzo 2 de 1981, en escritura 195 de la Notaría 27 de Bogotá, se varió nuevamente la razón social de la compañía adoptando el nombre de INURBE LIMITADA", que es el que actualmente utiliza en su actividad comercial.

2.- Que de igual manera, el doctor José Blackburn, mediante escritura 0959 del 13 de abril de 1978 de la notaría 2a de Bogotá, fundó con la sociedad "Inurbe Limitada", de la cual forma parte, una nueva sociedad comercial a la que se le dio el nombre de "INVERSIONES SAUSALITO LIMITADA", con capital social de $100.000.000 y duración de 25 años, cuyo objeto social es

"LA PLANEACION, EJECUCION, COMPRA Y VENTA DE URBANIZACIONES, LOTES, CASAS, EDIFICIOS CONJUNTOS RESIDENCIALES Y EN GENERAL EL DESARROLLO DE TODA CLASE DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PROPIEDAD RAIZ Y EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DE INGENIERIA Y ARQUITECTURA EN SUS DIVERSAS ESPECIALIDADES. EN DESARROLLO DE SU OBJETIVO, LA SOCIEDAD PODRA. A) CELEBRAR CONTRATOS DE SOCIEDAD

O TOMAR INTERESES O PARTICIPACION EN SOCIEDADES O EMPRESAS QUE TENGAN UN OBJETO SIMILAR, COMPLEMENTARIO O AUXILIAR AL SUYO: B) ADQUIRIR, ENAJENAR, DAR O TOMAR EN ARRIENDAMIENTO EN OPOSICION, GRAVAR EN CUALQUIER FORMA Y PIGNORAR BIENES MUEBLES O INMUEBLES, TOMAR O DAR DINEROS EN MUTUO O CON O SIN GARANTIA DE LOS BIENES SOCIALES Y EFECTUAR TODA CLASE DE OPERACIONES CON ENTIDADES BANCARIAS O DE CREDITO. C) GIRAR, ENDOSAR, DESCONTAR, PROTESTAR, CEDER, ACEPTAR, COBRAR, AVALAR, CANCELAR, DAR Y RECIBIR LETRAS DE CAMBIO, PAGARES, CHEQUES Y CUALESQUIERA OTROS EFECTOS DE COMERCIO O CIVILES Y CELEBRAR EL CONTRATO COMERCIAL DE CAMBIO EN TODAS SUS FORMAS. D)CONTRATAR CON ENTIDADES PUBLICAS Y PRIVADAS, LA CONSTRUCCION, INTERVENTORIA, PROGRAMACION O CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD PROPIA DE LAS PROFESIONES DE INGENIERIA Y ARQUITECTURA EN SUS DIVERSAS ESPECIALIDADES Y EN GENERAL TODOS LOS ACTOS Y OPERACIONES CIVILES O DE COMERCIO QUE SEAN NECESARIAS O CONVENIENTES PARA EL LOGRO DE LOS FINES DE LA SOCIEDAD, Y EN ALGUNA FORMA ESTEN RELACIONADOS CON SU OBJETO SOCIAL".

3o. Que formando parte de las mencionadas sociedades el doctor José Blackburn Cortés postuló su nombre al Senado de la República en las eleccciones celebradas el 27 de octubre de 1991, resultando electo para el período que culmina el próximo 19 de julio de 1994.

La declaración de su eleccción se efectuó por el Consejo Nacional Electoral mediante resolución 121 de 25 noviembre de 1991 (fls.12 -22 y 55-65 cuaderno principal) y el juramento para el ejercicio del cargo se produjo el primero de diciembre del mismo año (fl. 139 cuaderno principal).

4o. Que siendo socio el Senador Blackburn Cortés de las mencionadas compañías, con aportes del 60% en Inurbe Limitada" y del 50% en "Inversiones Sausalito Limitada", esta última sociedad celebró con la sociedad de economía mixta del orden nacional, Banco Central Hipotecario, mediante escritura No. 118 del 31 de enero de 1992 de la Notaría 43 de Santafé de Bogotá, D. C., un contrato de compraventa por valor de $262.418.665 de un lote de terreno ubicado en el Distrito Capital, con cabida aproximada de 3.273.637 M2. "conocido en el Diseño Urbanístico de Ciudad Salitre como Lote L2 de la Manzana M3; de la Supermanzana veinte (20) del Sector I (SMI-20, M3, L2)", predio que la entidad bancaria había recibido en fiducia mercantil de la Beneficencia de Cundinamarca, establecimiento público del orden departamental, por escritura 2.215 del 5 de junio de 1987 para ejecución y posterior venta del proyecto denominado "CIUDADELA EL SALITRE".

Dicho inmueble adquirido por la sociedad "INVERSIONES SAUSALITO LIMITADA" en desarrollo y ejecución del contrato de fiducia mercantil antes indicado, lo obtuvo la sociedad en compraventa del Banco Central Hipotecario después de haber intervenido en el concurso público de mérito que para tal efecto abrio la entidad fiduciaria, y en el cual salió favorecido, según consta en acta número 61 del 10 de abril de 1991.

Frente a la acusación formulada y a las pruebas recaudadas, el senador Blackburn, en la contestación de la demanda, y su apoderado judicial, en el alegato de conclusión, sostienen que en manera alguna ha sido violado el régimen de incompatibilidades de los congresistas, por las siguientes razones:

1.- Porque el Banco Central Hipotecario, entidad contratante con la sociedad comercial "Inversiones Sausalito Limitada" de la cual forma parte el senador Blackburn, no tiene el carácter de entidad pública, puesto que las sociedades de economía mixta no fueron incluidas como organismos integrantes de la rama ejecutiva del poder público por el inciso 5o del artículo 115 de la Constitución Nacional, razón ésta que la excluye de la prohibición para contratar establecida en el numeral 2o del artículo 180 de la Carta Política que se refiere expresamente a las entidades públicas.

2.- Porque la estructura jurídica del banco, regida para la época del contrato por el decreto 080 de 1976, se encontraba gobernada, para efectos de sus actos y operaciones, por las normas del derecho privado y sometido a la jurisdicción ordinaria, conforme al artículo 1o. del Decreto 2822 de 1992.

3.- Porque la sociedad contratante, como toda sociedad sea comercial o civil, es persona diferente de los socios qué la integran, por lo que no puede sostenerse jurídicamente que el senador Blackburn celebró, por interpuesta persona, contrato alguno con la sociedad de economía mixta denominada Banco Central Hipotecario.

4.- Porque en la hipótesis de que no fueran válidos los anteriores argumentos, tendría que admitirse que el contrato de compraventa celebrado entre el banco y la sociedad "Invesiones Sausalito Limitada", fue realizado dentro de los presupuestos de excepción contenidos en los numerales 4 y 8 del artículo 283 de la ley 5a, de 1992, régimen autorizado por el numeral 2o. del artículo 180 de la carta y desarrollo en la norma legal citada.

En relación con los anteriores razonamientos y antes de avocar la Sala el tema central de controversia sintetizado en el punto 4o, es indispensable precisar la naturaleza jurídica del Banco Central Hipotecario y la relación estatal que le está asignado en razón a su origen, estructura y funciones.

El Banco fue creado mediante escritura 588 de 1932, en desarrollo de la autorización otorgada por los decretos 711 y 945 del mismo año.

Conforme a los artículos 38 del decreto 080 de 1976, 2. 4. 3. 1. 1. del decreto 1730 de 1991 y 1o y 5o del decreto 2822 de 1991, su estructura jurídica corresponde a la de una sociedad de economía mixta del orden nacional sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Es por consiguiente y por definición legal (artículo 1o del Decreto 3130 de 1968), una entidad descentralizada constituída bajo la forma de sociedad comercial, con aportes estatales y de capital privado, autorizada por la ley, y sujeta a las reglas del derecho privado, autorizada por la ley, y sujeta a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria (artículos 8o. Decreto 1050 de 1968, 461 del Código de Comercio y 31 del Decreto 3130 de 1968).

Por estar sometido, como sociedad de economía mixta, al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (artículo 3o. Decreto 3130 de 1968, 38 del Decreto 080 de 1976, 2, 4, 3, 1, 1, del Decreto 1730 de 1991 y 1. y 5. del Decreto 2822 de 1991), haber sido autorizada su creación por la ley (Decretos 711 y 945 de 1932), ser dirigido por un representante legal agente del Presidente de la República (artículo 28 Decreto 1050 de 1968) y encontarse sujeto a la vigilancia de la contraloría General de la República, (artículo 41 Decreto 3130 de 1968), el Banco es, sin lugar a dudas una ENTIDAD PUBLICA, como acertadamente lo indica el artículo 20 del decreto 130 de 1976, lo definía el artículo 267 de Decreto 222 de 1983, y lo reafirma el literal a del artículo 2o. del actual estatuto contractual - ley 80 de 1993- normas que en sus partes pertinentes rezan:

Artículo 20 Decreto 130 de 1976:

"De la definición de entidades públicas. Para efectos previstos en el presente decreto son entidades públicas la Nación, las entidades territoriales, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales o Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen previsto para las Empresas".

Artículo 267 Decreto 222 de 1983:

"De la definición de entidades públicas.

Son Entidades Públicas la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el (90%) o más de su capital social".

Literal a) artículo 2o. Ley 80 de 1993:

"De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las providencias, 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 de la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles, y"

Estas definiciones que por sí solas dan a la entidad bancaria conforme a su naturaleza jurídica, el carácter de entidad pública encuentran plena identificación con el siguiente concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de estado en el cual se explica claramente la motivación que tuvo el gobierno para constituir e integrar las Sociedades de Economía Mixta a la estructura organizativa del Estado:

"De acuerdo con el artículo 1o. del decreto 3130 de 1968, las entidades y empresas oficiales de que trata la ley 65 de 1967 son, según el decreto 1050 de 1968, de tres tipos: Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del estado y sociedades de Economía Mixta. Todas ellas se denominan con el nombre genérico de "Entidades descentralizadas" y son parte de la Administración Pública, de acuerdo con el art. 1o de la ley 151 de 1959.

(...)

3) La creación de este tipo de sociedad, que es asociación del capital estatal con el privado o partícular, para el desarrollo y manejo de actividades industriales y comerciales de interes vital para la comunidad, es fruto de la reciente intervención del estado en distintos órdenes de la vida colectiva, con miras a lograr "la racionalización de la producción, distribución y consumo de la riqueza", como dice la Constitución Nacional. Pero aquella creación no significa simplemente la adopción, por parte del estado, de los sistemas o tipos de organización regidos exclusivamente por las normas del derecho privado, como tradicionalmente lo habían sido las sociedades que se ocupaban de los negocios industriales y comerciales mencionados atrás. El nuevo tipo de sociedad, la de Economía Mixta, participa de las características de las sociedades mercantiles de derecho privado, pero a la vez y para los fines que justifican y explican su establecimiento, de modalidades propias de las entidades de derecho público. Se ha buscado así una conjugación de las ventajas de la empresa participativa, con ciertas orientaciones propias de las entidades de derecho público, para así lograr más facilmente objetivos exclusivos del Estado mediante la utilización y aprovechamiento de la experiencia partícular. La Sociedad de Economía Mixta es, pues, un producto híbrido, que participa como tal, como se ha dicho, de las características de la empresa privada y de algunas de las entidades de derecho público.

Pero el Estado que ha autorizado la creación de las Sociedades de Economía Mixta, no se ha limitado a tener en ellas simple participación en el capital social de la empresa: ha establecido o se ha reservado ciertas prerrogativas encaminadas a mantener preponderancia oficial en el manejo y explitación del negocio que constituye el objeto social de la entidad, a fin de asegurar, así, a través de ésta, el cumplimiento cabal de fines propios del Estado, como ya se dijo. La sociedad de Economía Mixta tiene así como características básica, la asociación dicha y la intervención oficial preponderante en el manejo y dirección de la Empresa".

Por lo anterior no existe duda por parte de la Sala de que el Banco Central Hipotecario, mientras se halle sometido al régimen señalado para las empresas industriales y comerciales del Estado y tenga las características y finalidades anteriormente expresadas, es una entidad pública sometida, por regla general, a las prohibiciones previstas en los artículos 127, inciso primero y 180 numeral 2o de la Constitución Nacional y numeral 2o. del artículo 282 de la ley 5a. de 1992.

Ahora bien, conforme a las normas antes citadas los congresistas, durante el período constitucional respectivo, se encuentran impedidos, por regla general, para celebrar, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con las Entidades Públicas, so pena de perder la investidura por violación al régimen de incompatibilidades.

Dicen así las normas en comento:

Artículo 127, inciso primero:

"Los servidores públicos no podrán 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.

..."

Artículo 180, numeral 2.

"Los congresistas no podrán:

...

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno.

La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

...".

Artículo 282-2 Ley 5 de 1992:

"Manifestación de las incompatibilidades.

...

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona contrato alguno; con las excepciones que establezca la ley.".

Sin embargo, dentro de estas disposiciones, claras y terminantes respecto a la prohibición para contratar impuesta a los parlamentarios, se previo un régimen de excepciones que permite a los congresistas, según ciertas condiciones, cumplir determinadas actividades contractuales sin que por ello contravengan las proscripciones en ellas contenidas.

Autorizado por la Constitución el legislador de 1992, expidió la ley 5a. del mismo año, estableciendo las siguientes excepciones para contratar:

"ART. 283. Excepción a las incompatibilidades. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

1. Ejercer la cátedra universitaria.

(...)

4. Usar los bienes y servicios que el estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.

(...)

8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para obtener beneficio de la comunidad colombiana.

(...)

10. Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita.

(...)".

Una de estas excepciones, la señalada en el numeral 4., ya estaba de tiempo atrás también consagrada en favor de Senadores y Representantes en el literal c) del artículo 2o. de la ley 11 de 1973, citada por el actor en su demanda, y es del siguiente tenor:

"Artículo 1o. Los Senadores y Representantes principales, desde el momento de su eleccción y hasta cuando pierdan de su investidura por vencimiento del período para el cual fueron elegidos, así como los suplentes que hubieren ejercido el cargo durante el tiempo de dicho ejercicio, no podrán:

a) Celebrar por sí mismo o por interpuesta persona contratatos de ninguna clase con la Administración Pública ni con los institutos o empresas oficiales ni con aquellas en las cuales la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios tengan capital superior al cincuenta por ciento (50%).

"Artículo 2o. Lo anterior no obsta para que los Senadores, representantes, Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales y Consejales puedan ya directamente o por medio de apoderado actuar en los siguientes asuntos:

(...)

c) Usar los bienes o servicios y celebrar los contratos que las entidades oficiales, los institutos descentralizados y las sociedades de economía mixta ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.

(...)".

Establecida así la existencia de excepciones a la prohibición general para contratar, se hace necesario determinar el alcance y aplicación que ellas tienen en el caso particular del Senador Blackburn.

Según quedó establecido en el proceso, el Banco Central Hipotecario, en ejercicio de las funciones que le son propias y en desarrollo de su objeto social, celebró con la Beneficencia de Cundinamarca, establecimiento público departamental, el contrato de fiducia mercantil de que dan cuenta las escrituras 2215 de 5 de junio de 1987 de la Notaría 21 de Bogotá y 8115 de diciembre 14 de 1989 de la Notaría Primera de la misma ciudad, mediante el cual la entidad fideicomitente transfirió en fiducia, al fiduciario, los predios que en el referido contrato se determinan con el fin específico de que fuera ejecutado por el banco el proyecto de vivienda denominado "CIUDADELA EL SALITRE", destinado a ofrecer a la comunidad, especialmente a la población de bajo y medianos recursos, vivienda y servicios complementarios "con base en la infraestructura existente y las adiciones y mejoras que le fueron introducidas posteriormente".

En desarrollo y cumplimiento del contrato de fiducia mercantil antes señalado, el Banco celebró posteriormente con la sociedad "Inversiones Sausalito Limitada", de la cual es miembro el Senador José Blackburn, el contrato de compraventa contenido en la escritura 118 del 31 de enero de 1992, de la Notaría 43 de Santafé de Bogotá.

Esta actividad fiduciaria desplegada por el Banco Central Hipotecario mediante el anterior contrato, constituye para la Sala una parte importante del conjunto de operaciones que como entidad financiera especial cumple en desarrollo de su objeto social, siendo uno más de los servicios que en razón de su naturaleza y estructura jurídica ofrece el banco a la ciudadanía en condiciones comunes a todos los ciudadanos. Bajo esa forma, ejerce la facultad que expresamente le otorgan los artículos 2.4.3.2.1. y 2.4.3.2.23 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 1730 de 1991- que expresan lo siguiente:

"Artículo 2. 4. 3. 2. 1. - OPERACIONES AUTORIZADAS. En desarrollo de su objeto social el Banco Central Hipotecario, podrá efectuar las siguientes operaciones:"

"Artículo 2. 4. 3. 2. 23.-NEGOCIOS FIDUCIARIOS. El Banco podrá continuar los programas de construcción y administración de fiducia inmobiliaria contratados antes de la vigencia de la ley 03 de 1991."

Ahora bien si la oferta y posterior venta del bien dado en fiducia fue parte de la negociación fiduciaria del banco como un contrato y un servicio ofrecido a la comunidad bajo condiciones comunes a todos los que lo solicitan, es obvio que el pacto de compraventa celebrado con la sociedad "Inversiones Sausalito Limitada" se realizó dentro de los parámetros de excepción previstos en los artículos 2o., literal c) de la ley 11 de 1973 y 283, numeral 4o de la ley 5a. de 1992, por ser dicho contrato parte integrante del negocio fiduciario.

Es claro entonces que el contrato celebrado entre el Banco Central Hipotecario y la sociedad "Inversiones Sausalito Limitada", de la cual es socio el Senador José Blackburn, fue un convenio lícito realizado de acuerdo con la excepción contenida en las normas antes citadas. Por consiguiente habrá que admitirse que el Senador José Libardo Blackburn Cortés no violó el régimen de incompatibilidades previsto en los artículos 127 y 180 de la Constitución y 1o. y 282 de las leyes 11 de 1973 y 5a de 1992.

En cuanto al contrato de hipoteca abierta celebrado por la sociedad "Inversiones Sausalito Limitada" con la Corporación cafetera de Ahorro y Vivienda "CONCASA" en garantía de los préstamos que en el futuro ésta le llegare a otorgar, no encuentra, tampoco la Sala, que tal garantía pueda violar el régimen de incompatibilidad de los Congresistas, dado que tanto la una como los otros deben entenderse realizados dentro de los parámetros de las excepciones contenidas en los artículos 2o., literal c) de la ley 11 de 1973, y 283, numeral 4o de la ley 5a de 1992, como servicios y contratos ofrecidos por las entidades crediticias a sus clientes y a la ciudadanía en general.

Los prestamos concedidos por la entidades financieras son operaciones de crédito ofrecidas por tales entidades a su clientela, y es obvio que para su otorgamiento asegure su pago por medio de garantías reales o personales que son contratos permitidos por la ley y considerados por ésta como servicios al público bajo condiciones comunes a los que soliciten tales bienes y servicios. Por consiguiente el cargo es impróspero.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la presente sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Nubia González Céron, Secretaria General.

ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Objeto/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA**-Efectos/**MUERTE POLITICA**/(Aclaración de Voto).

La acción de solicitud de pérdida de investidura de congresista tiene el propósito, de probarse o demostrarse que el inculpado está incurso en el quebranto de los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades que establecen los artículos 179 y 180 *ibídem* y en algunas de las otras causales que comtempla el artículo 183 *ejusdem* en su ordinales 2, 3, 4,y 5, que se le condene, en la práctica, a una "muerte política", puesto que no sólo dejará de ser congresista, sino que también, de por vida, carecerá de un requisito *sine qua non* para desempeñar cargos públicos en el futuro, como se deriva del ordinal 4) del artículo 179, del artículo 197, segundo inciso, 207 y otras normas de la constitución que sería prolijo enumerar.

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO/CONSTITUCION POLITICA-Promulgación/**CONGRESISTA**-Incompatibilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CONTARTO/GESTION DE NEGOCIOS**/(Aclaración de Voto)

Según el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, "nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que de lugar al juicio" y que por lo tanto, aquellas circunstancias o sucesos que ocurrieron antes de que fuera promulgada al novísimo Estatuto Supremo de Colombia el 7 de julio de 1991, no están incursos en las respectivas causales que, obviamente, rigen para el futuro. Y lo que se dice de las normas constitucionales mencionadas es aplicable de semejante manera al desarrollo parcial y precario que de ellas hiciera la Ley

5a de 1992. Las circunstancias a los hechos que tal vez serían configurativos de la incompatibilidad que se le endilga al senador tuvieron una fraguación en el tiempo anterior a la existencia misma de la Ley de Leyes de 1991. O también, si lo que persigue la incompatibilidad señalada en el numeral 2o del artículo 180 es evitar que los congresistas, valiéndosen de su posición excepcional, gestionen, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, es claro que si todo ello tuvo lugar antes de que fuera congresista, no se le puede endilgar esa causal para privarlo de la investidura, aun admitiendo, en gracia de discusión que el Banco Central Hipotecario y Concasa se puedan clasificar como entidades públicas que, definitivamente, en criterio del suscrito y de los ilustrados colegas que acogieron la ponencia no lo son. Semejante a ello surgiría de la aplicación de la causal 4a. de incompatibilidad de igual norma del artículo 180:

"Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúan la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones".

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

Aclaración de Voto: *Magistrado Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Asuntos Constitucionales. Actor : Ciudadano Fernando Luis Martínez Méndez.

Como lo manifestó el suscrito durante el debate y el estudio de proyecto que se convirtió finalmente en fallo para definir el asunto de la referencia, a grandes rasgos está de acuerdo con las consideraciones y con la decisión que contiene denegando las peticiones del ciudadano demandante, o sea en no acceder a decretar la pérdida de la investidura de congresista que ostenta el senador Blackburn Cortés. Sin embargo, como asi mismo lo expresó en aquella ocasión, cree, muy respectuosamente, que han debido consignarse las siguientes precisiones de tipo jurídico para despejar toda duda en la conclusión a que se llegó:

1) La nueva acción instituida por el artículo 284 de la Carta Política de 1991, por su naturaleza y por las consecuencias que, de triunfar, se derivan de ella, guarda estrecho parentesco con la acción penal- y, también con las acciones disciplinarias que son las del linaje de ésta-, porque todas son de estirpe sancionatoria. La acción de solicitud de perdida de investidura de congresista tiene el propósito, de probarse o

demostrarse que el inculpado está incurso en el quebranto de los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades que establecen los artículos 179 y 180 *ibídem* y en algunas de las otras causales que contempla el artículo 183 *ejusdem* en sus ordinales 2,3,4 y 5 que se le condene, en la práctica, a una "Muerte Política", puesto que no sólo dejará de ser congresista, sino que también , de por vida, carecerá de un requisito ***sine qua non*** para desempeñar cargos públicos en el futuro, como se deriva del ordinal 4) del artículo 179 del artículo 197, segundo inciso, 207 y otras normas de la Constitución que sería prolijo enumerar.

2) La Carta de 1991 erigió dos grandes regímenes como causales de pérdida de la investidura de un congresista: uno de inhabilidades, comunes a la figura y a la posibilidad de anulación de la elección, y uno de incompatibilidades, siendo éstas unas circunstancias según las cuales, en criterio del constituyente, hacen imposible que una persona genéricamente capaz para desempeñar un cargo, pueda cabalmente desempeñarlo (Jémolo).

3) Es de recordar que según el artículo 43 de la ley 153 de 1887, "nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada **antes** del hecho que da lugar al juicio" y que, por lo tanto, aquellas circunstancias o sucesos que ocurrieron **antes** de que fuera promulgada el novísimo Estatuto Supremo de Colombia el 7 de julio de 1991, no están incursos en las respectivas causales que, obviamente, rigen para el futuro. Y lo que se dice de las normas constitucionales mencionadas es aplicable de semejante manera al desarrollo parcial y precario que de ellas hiciera la ley 5 de 1992.

4) Aparece en autos que la invitación formulada por el Banco Central Hipotecario a varias firmas de ingenieros entre ellas una tiene que tiene como socio a José Libardo Blackburn Cortés, para venderles bienes inmuebles de los que administraba en fiducia en la denominada urbanización de Ciudad Salitre en la Capital de la República, tuvo ocurrencia, en el mes de abril de 1991, es decir, **antes** de su eleccción y de su posesión como senador (27 de octubre y 1 de diciembre de ese año, respectivamente) y muy cercanamente Inversiones Sausalito Ltda. la atendió. Si el contrato de compraventa se celebró el 31 de enero de 1992, él fue el remate de un proceso que, por ocurrencias y dilaciones burocráticas, cristalizó en la anotada fecha. En otras palabras, las circunstancias o los hechos que tal vez serían configurativos de la incompatibilidad que se le endilga al senador Blackburn Cortés tuvieron una fraguación en el tiempo anterior a la existencia misma de la Ley de Leyes de 1991. O también, si lo que persigue la incompatibilidad señalada en el numeral 2 del art. 180 es evitar que los congresistas, valiéndose de su posición excepcional, gestionen, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administran tributos ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, es claro que si todo ello tuvo lugar antes de que fuera congresista, no se le puede endilgar esa causal para privarlo de la investidura, aun admitiendo, en gracia de discusión, que el Banco Central Hipotecario y Concasa se puedan clasificar como entidades públicas

que, definitivamente, en criterio del suscrito y de los ilustrados colegas que acogieron la ponencia no lo son. Semejante a ello surgiría de la aplicación de la causal 4a. de incompatibilidad de igual norma del art. 180: "Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. **Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones".** (Se subraya).

5) Y valga una aclaración adicional. Es bien sabido que la contratación, en la vida ordinaria y sobre todo tratándose de transacciones de índole civil o comercial, comprende una serie de pasos que toman su tiempo, a veces largo y dispendioso. La clave de su iniciación, de su **gestión**, muchas veces, se condensa en la expresión de voluntad de aceptar la oferta o invitación; la celebración del contrato propiamente dicho es algo que si bien formalmente expresa la voluntad definitiva, recoge lo que se hizo en la etapa previa. Siendo, claro ésta, la compraventa de inmuebles un contrato solemne que consiste en el elevación del acuerdo de voluntades a escritura pública, él es, simplemente la culminación de un proceso y ello incluye el contrato accesorio de hipoteca que contempla la misma escritura de compraventa. Además quien celebró estos contratos a nombre de Inversiones Sausalito no fue José Blackburn Cortés, sino el señor Hugo Rueda Gómez, quien desde el 1 de marzo de 1991 o desde el 29 de abril de dicho año (si se toma en cuenta la inscripción en la Cámara de Comercio, fol.24), ostenta la calidad de Gerente.

Sean, pues, pertinentes las anteriores precisiones como aclaración de voto. Estima el suscrito que son razones más que suficientes para que éste de acuerdo con la decisión adoptada por la distinguida mayoría, aunque por criterios un poco distintos.

Atentamente,

Alvaro Lecompte Luna, Magistrado del Consejo de Estado

Fecha: 17 de marzo de 1994.

GESTION DE NEGOCIOS-Inexistencia/**INTERPUESTA PERSONA**-Inexistencia (Aclaración de Voto)

Si, como se afirma en la ponencia, el inmueble objeto de la compraventa que ha dado lugar a este proceso fue ofrecido a la comunidad bajo condiciones comunes a todos los que lo solicitan", ello descarta que en el negocio jurídico celebrado entre el Banco Central Hipotecario e Inversiones Sausalito Limitada hubiera el demandado hecho gestión alguna y actuado a través de interpuesta persona, que es, a mi juicio la incompatibilidad prevista en el artículo 180 numeral 2o de la Carta que encuadrada en el evento *sub-lite,* y que no se desmostró en este proceso que se hubiera incurrido en ella.

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

Aclaración de Voto: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez.

Aún cuando comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, disiento de algunos apartes de la motivación, por lo siguiente:

1.- Estoy en desacuerdo con la afirmación que se hace en la página 37 de la motiva, que dice: "... es obvio que el pacto de compraventa celebrado con la sociedad "Inversiones Sausalito Limitada" se realizó dentro de los parámetros de excepción previstos en los artículos 2o literal c) de la ley 11 de 1973 y 283, numeral 4o. de la ley 5a. de 1992, por ser dicho contrato parte integrante del negocio fiduciario..."

Al respecto, estimo:

En primer lugar, si el contrato en referencia fue celebrado por medio de la Escritura Pública No. 118 de 31 de enero de 1992, no se puede aplicar el artículo 283 numeral 4o de la Ley 5a de 1992, porque ésta sólo entró en vigencia con posterioridad a la fecha precitada: el 17 de Junio de 1992.

En segundo lugar, la excepción a la incompatibilidad para celebrar contratos estatuída para los congresistas por el artículo 2o. literal c de la Ley 11 de 1973, esa sí vigente, como toda excepción es de interpretación restrictiva, y, como tal, opera en favor de los congresistas, mas no de las sociedades de que forman parte ellos.

2.- Si, como se afirma en la ponencia , el inmueble objeto de la compraventa que ha dado lugar a este proceso fue "ofrecido a la comunidad bajo condiciones comunes a todos los que lo solicitan", ello descarta que en el negocio jurídico celebrado entre el Banco Central Hipotecario e Inversiones Sausalito Limitada hubiera el demandado hecho gestión alguna y actuando a través de interpuesta persona, que es, a mi juicio, la incompatibilidad prevista en el artículo 180 numeral 2o de la Carta que encuadra en el evento sub-lite, y que no se demostró en este proceso que se hubiera incurrido en ella.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

Fecha *ut supra.*

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhiere el Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO y el Dr. YESID ROJAS SERRANO.

CONGRESISTA-Inhabilidades/**GESTION DE NEGOCIOS/CONTRATO**/(Salvamento de Voto)

> **El artículo 2o literal c) de la Ley 11 de 1973 se refiere a los contratos que deba celebrarse por usar los bienes y servicios que las entidades oficiales ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten , como sería el caso del Banco Central Hipotecario, la obtención de préstamos para vivienda , la compra de vivienda o la apertura de una cuenta de ahorros. Mas no la adquisición de unos terrenos con ánimo de lucro, por una sociedad de la cual es socio mayoritario el Doctor Blackburn. Ese, a mi modo de ver, no puede ser el entendimiento correcto de la norma pues significa ni más ni menos el desconocimiento de la prohibición contenida en el numeral 2o del artículo 180 de la Constitución, siempre que el contrato esté precedido de concurso de méritos o licitación pública.**

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Perdida de la Investidura. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala por las siguientes razones:

Estimo que en este caso no era posible concluir como se hizo en la providencia de la cual me aparto, que la negociación celebrada entre la sociedad "Inversiones Sausalito Ltda." y el Banco Central Hipotecario, -entidad oficial que además estaba actuando en virtud de un contrato de fiducia celebrado con la Beneficencia de Cundinamarca, igualmente oficial-, pudiera estar comprendida dentro de la excepción contemplada en el artículo 2o. literal c) de la Ley 11 de 1973.

Dicha norma se refiere a los contratos que deban celebrarse para usar los bienes y servicios que las entidades oficiales ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten, como sería el caso del Banco Central Hipotecario, la obtención de préstamos para vivienda, la compra de vivienda o la apertura de una cuenta de ahorros. Mas no la adquisición de unos terrenos con ánimo de lucro, por una sociedad de la cual es socio mayoritario el Doctor Blackburn.

Ese, a mi modo de ver, no puede ser el entendimiento correcto de la norma pues significa ni más ni menos el desconocimiento de la prohibición contenida en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución, siempre que el contarto esté precedido de concurso de méritos o licitación pública.

Manifiesto además que comparto integramente los razonamientos expuestos por el Consejero Doctor Joaquín Barreto Ruiz, en su salvedad de voto.

Atentamente,

Clara Forero de Castro.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhieren el Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ y la Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS.

CONGRESISTA- Inhabilidades/**CONTRATO/INTERPUESTA PERSONA/** (Salvamento de Voto)

> **Impresiona de verdad la pobre exegética interpretación que la providencia le da al fenómeno. Olvidó no sólo las mas claras normas de interpretación legal, sino que hizo prevalecer, contra el querer de la Constitución, lo formal sobre lo sustancial, y por ese mismo olvido manejó un asunto de definidas y evidentes connotaciones ético legales, con un ligero y limitado criterio legal-formal. Es indudable que el señor Senador actuó por interpuesta persona (la sociedad sausalito) en un contrato donde él como persona natural, estaba inhabilitado. Además, calificar que el negocio se hizo al amparo de la excepción contenida en el literal c del artículo 2o. de la Ley 11 de 1973, suena a ironía o a chiste.**

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo (9) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salavamento de Voto: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez M. Demandado: José Blackburn C.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria.

Hago mía la seria y ponderada argumentación expuesta por el señor Consejero Barreto Ruiz en su salvedad de voto, porque contiene una acertada interpretación finalista de la normatividad aplicable al caso. Y agrego, al margen:

a) Es discutible que la decisión se haya tomado por la mayoría requerida, ya que la motivación como aparece en la sentencia sólo obtuvo seis votos de los doce requeridos, ya que los otros seis votaron con aclaración; y aunque la resolutiva los obtuvo, algunos de estos técnicamente no podían ser de aclaración, por que tocaban con la inconstitucionalidad misma de la institución de la desinvestidura. En este evento, considero, debieron salvar el voto por estimar que la decisión no podía ser de fondo ni estimatoria ni desestimatoria.

Podrá decidirse, entonces, que esa providencia contiene jurisprudencia de la Sala plena, cuando en su texto sólo está contenido el pensamiento de la mitad de los votantes obligatorios?

b) Nadie discute que la sociedad sea una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados y la misma ley lo reitera. Pero de allí a aceptar que las personas, como en el caso *sub-júdice*, sirvan de pretexto o de comodín para violar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, va mucho trecho.

Impresiona de verdad la pobre y exegética interpretación que la providencia le da al fenómeno. Olvidó no sólo las mas claras normas de interpretación legal, sino que hizo prevalecer, contra el querer de la Constitución, lo formal sobre lo sustancial. Y por ese mismo olvido manejó un asunto de definidas y evidentes connotaciones ético- legales, con un ligero y limitado criterio legal-formal.

c)Es indudable que el señor senador Blackburn actuó por interpuesta persona (la Sociedad Sausalito) en un contrato donde él, como persona natural, estaba inhabilitado. Además, calificar que el negocio se hizo al amparo de la excepción contenida en el literal c del artículo 2o. de la ley 11 de 1973, suena a ironía o a chiste.

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere el Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO y el Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

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

En primer término el artículo 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 téminos del artículo 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 artículo 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 el 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 témino no mayor de veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano (art.183). Esta disposición aparece repetida en el mencionado artículo 304 de la Ley 5 a de 1992. Pero se observa, no hay un procedimiento ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el partícular en el término provisto 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". 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.

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

Salvamento de Voto: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez.

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

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

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

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

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

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

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

Pero, se observa, na hay procedimiento ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el partícular 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".

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.*

CONGRESISTA-Inhabilidades/**CONTRATO/INTERPUESTA PERSONA**/(Salvamento de Voto).

> **A mi juicio los hechos en que se vio involucrado el Senador José Blackburn Cortés y que dieron lugar a la demanda respectiva, no encajan dentro de la excepción contemplada en la Ley 11 de 1973, artículo 2o., literal c), para los congresistas. De otro lado, considero que la nogociación efectuada por la sociedad Inversiones Sausalito Ltda., con el Banco Central Hipotecario, no hubiese sido posible sin la gestión personal de quien era su socio mayoritario, y a su vez, quien tenía igual condición en la sociedad Inurbe Ltda., también socia de aquélla.**

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Asuntos Constitucionales. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez. Solicitud de pérdida de investidura del senador José Blackburn Cortés.

Con el respeto acostumbrado por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito señalar que no compartí lo resuelto en este asunto porque, a mi juicio los hechos en que se vio involucrado el Senador José Blackburn Cortés y que dieron lugar a la demanda respectiva, no encajan dentro de la excepción contemplada en la Ley 11 de 1973, artículo 2o., literal c), para los congresistas.

De otro lado, considero que la negociación efectuada por la sociedad Inversiones Sausalito Ltda., con el Banco Central Hipotecario, no hubiese sido posible sin la gestión personal de quien era su socio mayoritario, y a su vez, quien tenía igual condición en la sociedad Inurbe Ltda, también socia de aquélla. Empero, como esta materia ha sido analizada con detenimiento y profundidad por el Honorable Consejero doctor Joaquín Barreto Ruiz, con su venia me acojo a lo expuesto en su salvamento.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

CONGRESISTA-Inhabilidades/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/ EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/VALORES CONSTITUCIONALES/(Aclaración de Voto)

El fallo en todo su inverso, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional. Y afirmo esto, porque la Carta de 1991 consagra, a lo largo de su artículado, un sistema de positivación 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. El universo que tiene la normatividad que se recoge en los artículos 179 a 187 de la Constitución resulta, en parte sustancial, INCONSTITUCIONAL, con lo cual me adhiero a la perspectiva jurídica que enseña que es posible encontrar normas constitucionales que violen la Constitución. 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...? El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho 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.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., abril diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez.

Comparto la decisión de fondo pero no las consideraciones, que a mi juicio, han debido tener una filosofía distinta.

El fallo, en todo su universo, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional. Y afirmo esto, porque la carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistéma de positivación 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 bucará **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 (artículos 1o. a 10o. 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 como 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 (artículos 14, 22 etc.).

Finalmente, encuentro en el citado estatuto **NORMAS DE TUTELA** que buscan garantizar los **DERECHOS FUNDAMENTALES** (Artículo 86).

A la luz de la anterior jerarquía normativa encuentro 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 lo cual me adhiero 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. Peréz 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 las 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, Técnicos, página 62) (Destacado nuestro).

En este momento del discurso, me pregunto: 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..."**? Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangélico **Rothe** en 1869? ¿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? Acaso no será menester estudiar y definir, a la luz de la lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese encargo compromete seriamente la labor del parlamentario? Será que éste no puede ser el administrador del edificio en que vive, o el Presidente de la Junta del Colegio, donde estudian sus hijos?

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 demanda del juez gran poderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los **PREJUICIOS SUBLIMINALES.**

Me 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:

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

"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 parte de las veces entendemos sólo una sobrevaloración de la Ley y de la dogmática orientada hacía la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición 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 confieso nace del respeto que me merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho me 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 aplicanción 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 formación 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 inical 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 y Janés, páginas 15 y s.s.).

Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

SOCIEDAD-Socio/**INTERPUESTA PERSONA/BIENES Y SERVICIOS COMUNES**-Inexistencia/(Salvamento de Voto)

Es cierto que la sociedad es una persona diferente a la de sus socios y por ello en estos casos no podría afirmarse que el congresista esté contratando por sí mismo, pero sí puede concluirse que lo hace por interpuesta persona cuando, como en el caso *sub-júdice,* el congresista posee la mayor parte (80) de su capital, es el mayor beneficiario de sus utilidades y además tiene en poder decisorio en la gestión social. Por otra parte, el hecho de que el negocio fiduciario sea uno de los servicios que "en razón de su naturaleza o estructura jurídica ofrece el Banco", como lo dice la sentencia, no significa que todas las operaciones que efectúe el banco en desarrollo de la fiducia se ofrezcan al público bajo condiciones comunes; esta interpretación referida al caso en estudio , pugna con el sentido lógico de la expresión, pues una compraventa que está precedida de un concurso en el que los participantes debieron competir por méritos, presentando incluso anteproyectos de las construcciones que se obligaban a realizar, no puede considerarse como un contrato celebrado para usar bienes o servicios de los que se ofrecen en condiciones iguales a todos los que lo soliciten. No se da por tanto la excepción a la prohibición constitucional que menciona la sentencia.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Actor: Fernando L. Martínez.

Las razones por las cuales me aparté de la decisión mayoritaria de la Sala en este asunto, las encuentro consignadas con toda claridad en el salvamento de voto del Consejero Doctor Joaquín Barreto, por lo cual con todo respeto hago mios sus planteamientos.

La prohibición constitucional que tiene los congresistas de celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno con entidades públicas no puede soslayarse acudiendo al fácil expediente de contratar a través de una sociedad.

Es cierto que la sociedad es una persona diferente a la de sus socios y por ello en estos casos no podría afirmarse que el congresista este contratando por sí mismo, pero sí puede concluirse que lo hace por interpuesta persona cuando, como en el caso *sub-júdice,* el congresista posee la mayor parte (el 80%) de su capital, es el mayor beneficiario de sus utilidades y además tiene el poder decisorio en la gestión social.

Por otra parte, el hecho de que el negocio fiduciario sea uno de los servicios que "en razón de su naturaleza e estructura jurídica ofrece el banco", como lo dice la sentencia, no significa que todas las operaciones que efectúe el banco en desarrollo de la fiducia se ofrezcan al público bajo condiciones comunes; esta interpretación referida al caso en estudio, pugna con el sentido lógico de la expresión, pues una compraventa que está precedida de un concurso en el que los participantes debieron competir por méritos, presentando incluso anteproyectos de las construcciones que se obligaban a realizar, no puede considerarse como un contrato celebrado para usar bienes o servicios de los que se ofrecen en condiciones iguales a todos los que los soliciten. No se da por tanto la excepción a la prohibición constitucional que menciona la sentencia.

Con toda atención.

Dolly Pedraza de Arenas.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere el Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

CONTRATO/INTERPUESTA PERSONA-Inexistencia /(Aclaración de Voto)

No aparecen constancias ni siquiera indicios de que el Senador Blackburn haya utilizado su investidura de congresista en la contratación cuestionada. Por el contario, lo que resulta del expediente es que el Banco ofreció en venta, en condiciones preestablecidas aun en cuanto al precio, un buen número de lotes, de los cuales apenas algunos fueron adjudicados pues no se presentaron suficientes interesados en la compra, lo cual descarta que la contratación se hubiera hecho por influencia o en consideración de la investidura de uno de los socios de la sociedad adjudicataria.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez.

La aclaración de voto del suscrito Consejero se fundamenta en que está de acuerdo con la parte resolutiva de la decisión adoptada pero no con la argumentación central de la ponencia.

Al respecto, considero que en el caso concreto del senador José Blackburn la decisión denegatoria de la solicitud de pérdida de investidura encuentra su fundamento principalmente en los siguientes aspectos, como lo expresé en la sesión de Sala Plena correspondiente:

1.- El literal c) del artículo 2o, de la Ley 11 de 1973, que era la norma vigente en el momento en que se pordujeron las actuaciones objeto de análisis en el proceso, excepcionó expresamente de la regla general de incompatibilidad de los congresistas para contratar con entidades públicas, los contartos que ellos celebraran con las sociedades de economía mixta, como es el caso del Banco Central Hipotecario, que ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo solicitan. Como de acuerdo con la presentación que hizo el H. Consejero Miguel González Rodríguez en la Sala Plena, después de haber estudiado el expediente, resulta que el contrato celebrado por la sociedad de la cual es socio mayoritario el Senador demandado, fue un contrato ofrecido por el Banco en las mencionadas condiciones comunes, considero que no se presenta la incompatibilidad prevista en el artículo 127 y en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución, pues estas mismas normas excluyen las excepciones lagales.

2.- Las incompatibilidades e inhabilidades, por constituir restricciones, según lo ha considerado tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia, por lo cual, con mayor razón, el texto legal que consagra excepciones a esas incompatibilidades o inhabilidades no puede ser interpretado en forma tal que favorezca la configuración de la incompatibilidad sino, por el contrario, su interpretación debe ser propicia al reconocimiento de la excepción, si la situación se acomoda al texto legal.

3.- No considero que la interpretación anterior pueda ser menospreciada por literal, pues de acuerdo con principio general reconocido en nuestro régimen jurídico, "cuando el sentido de la Ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". Pero, además, si no se quisiera hacer una interpretación literal sino consultar el espíritu de la norma, es indudable que el espíritu de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar por parte de los servidores públicos, y concretamente de los senadores y representantes, es el evitar que dichas autoridades puedan hacer uso de su investidura para influir y obtener beneficios en la contratación, que no obtendrían si fueran ciudadanos comunes y corrientes. Frente a lo anterior, lo que puede concluirse en el caso presente, de acuerdo con la presentación hecha por el Consejero Miguel González Rodríguez y por el mismo ponente, es que no aparecen constancias y ni siquiera indicios de que el Senador Blackburn haya utilizado su investidura de congresista en la contratación cuestionada. Por el contrario, lo que resulta del expediente es que el Banco ofreció en venta, en condiciones preestablecidas aún en cuanto al precio, un buen número de lotes, de los cuales apenas algunos fueron adjudicados pues no se presentaron suficientes interesados en la compra, lo cual descarta que la contratación se hubiera hecho por influencia o en consideración de la investidura de uno de los socios de la sociedad adjudicataria.

4.- Lo anterior no quiere decir que la participación en general en licitaciones y concursos esté excepcionada de las inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas, pues ello depende de la forma como estén previstas las excepciones en las Leyes vigentes al momento de celebrarse el contrato, sobre lo cual vale la pena notar que en esa materia en la actualidad ya no está vigente de la Ley 11 de 1973 sino la Ley 5a de 1992.

Atentamente,

Libardo Rodríguez Rodríguez

CONGRESISTAS-Inhabilidades/**CONTRATO/INTERPUESTA PERSONA/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CONDICIONES COMUNES**-Inexistencia/ (Salvamento de Voto)

En mi opinión no existe duda alguna de que se ha incurrido en la prohibición a que alude el numeral 2o del artículo 180 de la Constitución Política según el cual los Congresistas no podrán celebrar con entidades públicas "por sí o por interpuesta persona, contrato alguno", configurándose así la causal primera de pérdida de la investidura consagrada en el artículo 183 de la Carta. No varía la anterior conclusión, la circunstancia de que pudiera alegarse que por haber celebrado el B.C.H. dicho contrato en desarrollo de un encargo fiduciario, no fue una entidad pública la persona jurídica con la cual se hizo la negociación , pues a igual conclusión se llegaría se se aceptara que no fue el Banco quien transfirió el derecho de dominio , sino quien constituyó la fiducia, vale decir, la Beneficencia de Cundinamarca. Si en el caso *sub-exámine* se tratara de un contrato relacionado con los servicios que presta el banco en "condiciones comunes a todos los que lo soliciten", tales como la apertura de una cuenta bancaria, la adquisición de las cédulas que emite la entidad, la obtención de un crédito para la adquisición, construcción, ampliación, remodelación o mejora de vivienda, sería inobjetable su legalidad a la luz de la norma transcrita; pero tratandose de la adquisición de un terreno que obviamente no se le vende "a todos los que lo soliciten", y que además fue adquirido dentro de los fines sociales de la compañía que lo compró para "repartir las utilidades obtenidas", como lo prevé el artículo 98 del Código de Comercio para esta clase de

personas jurídicas, tal negociación está por fuera de las excepciones contempladas en la aludida Ley 11. A igual conclusión se llega, si se considera que el contrato se celebró con la Beneficencia de Cundinamarca y no con el B.C.H.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. AC-1064. Asuntos Constitucionales. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez.

Con mi acostumbrado respeto por los pronunciamientos adoptados por el Consejo de Estado, me permito consignar las razones por las cuales no comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala.

Aparece demostrado en asuntos que mediante la escritura pública número 118 del 31 de enero de 1992, otorgada en la Notaría 43 del Círculo de Bogotá (fls. 29 al 47), el Banco Central Hipotecario le transfirió a "Inversiones Sausalito Ltda." el derecho de dominio sobre un inmueble, sociedad de la cual es socio mayoritario el señor Senador Backburn Cortés, según se desprende de los certificados de existencia y representación legal que obran a folios 24 a 28, cuya autenticidad no ha sido cuestionada. En efecto, en el certificado correspondiente a "Inversiones Sausalito Ltda." aparecen como socios de la misma el aludido Senador, con un capital de 50 millones de pesos, y la Sociedad Inurbe Ltda.; con el restante 50% del capital; a su vez, en el certificado correspondiente a la firma "Inurbe Ltda" (folio 27) se observa que el mismo Senador Blackburn Cortés es propietario de seis de las diez cuotas iguales en que se divide su capital. Siendo ello así, se concluye que el mencionado Congresista posee el 80% del capital de la sociedad adquirente del aludido inmueble, porcentaje que resulta de sumar el 50% del capital de "Sausalito Ltda", que posee directamente, más un 30% que posee indirectamente, como dueño del 60% de "Inurbe Ltda.".

En tales condiciones, fuerza concluír que el Congresista cuya pérdida de investidura fue solicitada, celebra por interpuesta persona, la sociedad Sausalito Ltda, un contrato con una entidad oficial, como lo es el B.C.H.

En mi opinión, en condiciones como las anteriormente consignadas, no existe duda alguna de que se ha incurrido en la prohibición a que alude el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política según el cual los Congresistas **no podrán celebrar con entidades públicas "por sí o por interpuesta persona, contrato alguno"**, configurandose así la causal primera de pérdida de la investidura consagrada en el artículo 183 de la Carta. No varía la anterior conclusión, la circunstancia de que pudiera alegarse que por haber celebrado el B.C.H. dicho contrato en desarrollo de un encargo

fiduciario, no fue una entidad pública la persona jurídica con la cual se hizo la negociación, pues a igual conclusión se llegaría si se aceptara que no fue el Banco quien transfirió el derecho de dominio, sino quien constituyó la fiducia, vale decir, la Beneficencia de Cundinamarca.

No puede aplicarse al presente caso la Ley 5a. de 1992, por ser norma posterior a la celebración del contrato que se ha venido mencionando. Y en cuanto a la aplicación de las excepciones previstas en la Ley 11 de 1975, ninguna de ellas es a mi juicio pertinente; ni aun en el caso deque se tratara de ubicar tal conducta en el literal c) del artículo 2o. según el cual los congresistas pueden "usar los bienes o servicios y celebrar los contratos que las entidades oficiales, los institutos descentralizados y las sociedades de economía mixta ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten".

Si en el caso *sub-exámine* se tratara de un contrato relacionado con los servicios que presta el banco en **"condiciones comunes a todos los que lo soliciten"**, tales como la apertura de una cuenta bancaria, la adquisición de las cédulas que emite la entidad, la obtención de un crédito para la adquisición, construcción, ampliación, remodelación o mejora de vivienda, sería inobjetable su legalidad a la luz de la norma transcrita; pero tratandose de la adquisición de un terreno que obviamente no se le vende "a todos los que lo soliciten", y que además fue adquirido dentro de los fines sociales de la compañía que lo compró para "repartir las utilidades obtenidas", como lo prevé el artículo 98 del Código de Comercio para esta clase de personas jurídicas, tal negociación está por fuera de las excepciones contempladas en la aludida Ley 11. A igual conclusión se llega, si se considera que el contrato se celebró con la Beneficencia de Cundinamarca y no con el B.C.H.

Tampoco es útil considerar que por haber sido hecha la venta previo un concurso de méritos es aplicable la excepción, pues ello llevaría a aceptar que la prohibición para los empleados públicos de celebrar contratos con el estado, contemplada en el Estatuto Contractual, no se aplicaría cuando la contratación esté precedida de licitación pública.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhieren los Drs. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, DANIEL SUAREZ HERNANDEZ y LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EMPLEO PRIVADO-Inexistencia/**PARTIDO POLITICO-**Representación Legal/**CARGO POLITICO**

La demandada al desempeñarse como representante legal y Directora Nacional del Movimiento Unitario Metapolítico no ejerció un cargo privado sino de carácter político, el cual es compatible con la investidura de Senadora de la República que ostenta, pues es precisamente a través de éste como se logra alcanzar uno de los propósitos políticos del Movimiento que lidera, que son los que la normatividad constitucional pretende garantizar y que el artículo 283 numeral 9o de la Ley 5a de 1992 ha erigido como excepciones a la incompatibilidad consagrada en el artículo 180 numeral 1o de la Carta Fundamental.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. AC-1386. Actor: Jaime Rafael Pedraza.

El ciudadano y abogado JAIME RAFAEL PEDRAZA, en escrito presentado el 18 de Noviembre de 1993, ante la Secretaría General de esta Corporación, solicita al Consejo de estado se decrete la PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA de la Señora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LIZKA, con fundamento en los artículos 180, 183, y 184 de la Constitución Política, 282, 296 y 301 de la Ley 5a de 1992.

I.- CAUSA *PETENDI*

En apoyo de su pretensión adujo el actor principalmente lo siguiente:

1o): La Constitución Política de 1991 estableció la dedicación exclusiva de los congresistas al ejercicio de su investidura en las prohibiciones estatuídas a título de incompatibilidades en el artículo 180 de la misma, norma esta que sólo tiene la excepción prevista en su parágrafo 1o. referente al ejercicio de la cátedra universitaria. Por tanto, cualquiera otra actividad que ejerzan es violatoria del citado precepto, que por mandato del artículo 4o de la Carta prima sobre cualquier otra norma.

El constituyente doctor Carlos Lleras de la Fuente en su obra "Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia", dice: "... la dedicación laboral exclusiva de éste a los deberes de su cargo. Procura, además, alejarlo de toda situación que pudiera comprometer su independencia en las actuaciones propias de su investidura, bien ante otras autoridades públicas o bien ante empleadores privados..." (página 321).

2o): La Sala de Consulta y Servicio Civil de Honorable Consejo de Estado en la consulta radicada bajo en No.533 y formulada por el Ministerio de Gobierno, de 31 de Agosto de 1993, dijo:

> "En la eventualidad de que un Congresista desempeñe la representación legal de un partido político estaría atendiendo las funciones propias de un cargo o empleo de orden privado, lo cual le está vedado por expresa prohibición del numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Política".

En la parte final del concepto puntualizó:

> "En conclusión la Sala responde: ...
>
> 1) No puede un Congresista ser representante legal de ningún partido o movimiento político con personería jurídica reconocida, por cuanto el desempeño de las funciones que le son inherentes implica el ejercicio de un cargo o empleo privado, lo cual está expresamente prohibido por el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución..."

3o.) La señora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LIZKA ha sido la Directora Nacional del Movimiento Unitario Metapolítico y como tal su representante legal desde su fundación. Esta calidad la tenía cuando fue elegida senadora de la República y siguió ostentándola después. Por tanto, ha venido violando el régimen de incompatibilidad de los Congresistas consagrado en el artículo 180 de la Carta.

Al haber sido al mismo tiempo la citada señora senadora de la República y representante legal del Movimiento Político citado debe el Consejo de Estado decretar la pérdida de su investidura. Esta declaración es más necesaria por cuanto el Movimiento Unitario Metapolítico ha recibido dineros del Tesoro Público por los votos que ha obtenido en las elecciones de congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes.

II.- TRAMITE DE LA SOLUCION

Como lo ha venido haciendo la Corporación en todos los procesos de pérdida de investidura de los congresistas, se le imprimió a la solicitud el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo, previsto en los artículos 206 a 211 del C.C.A., en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1.- CONTESTACION DE LA DEMANDA O SOLICITUD

Notificada la congresista de REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LISKA del auto admisorio de la solicitud de 22 de Noviembre de 1993, el día 30 del mismo mes y año, por medio de apoderada, se hizo parte en el proceso y procedió a dar contestación a la solicitud aduciendo que la acción era temeraria y carente de fundamento real y jurídico, esgrimiendo al efecto, en esencia, lo siguiente:

1o): HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA.

a): Que la Directora y Fundadora del Movimiento Unitario Metapolítico MUM-, al cual le fue reconocida personería Jurídica por Resolución No. 018 de 17 de febrero de 1986 del Consejo Nacional Electoral.

b): Los estatutos que rigen dicho movimiento no han sido modificados o reformados, por lo cual no se encuentran ajustados a la Constitución de 1991, razón esta por la que sigue figurando como representante legal del movimiento el Director Nacional.

c): Antes y después de su elección como senadora fue la Directora Nacional del referido movimiento, cargo del que presentó renuncia el 15 de septiembre de 1993, que le fue aceptada por la Junta Directiva Nacional del MUM mediante acta No. 004 de la misma fecha.

d): A pesar de figurar como representante legal del movimiento ante el Consejo Nacional Electoral, ni antes ni después de su elección como senadora, desempeño funciones como tal, ni reconoció al MUM como su empleador, ni recibió de este contraprestación o remuneración alguna, ni gestionó ni intervino en negocio alguno con entidad pública o privada del que obtuviera provecho para sí o para un tercero.

2o): EXCEPCIONES.

a): CONSTITUCIONALIDAD DEL OBJETO SOCIAL DEL MOVIMIENTO POLITICO.

Aparece sustentada así:

Los partidos y movimientos políticos son asociaciones de personas, con personería jurídica especial reconocida por el Gobierno Nacional, cuyo objeto es el desarrollo de una ideología común establecida en sus estatutos para participar en la vida democrática

del país, según el mandato del artículo 108 de la Carta, fin este que los distingue de las corporaciones y asociaciones de carácter civil y comercial que trae el artículo 633 del C.C. Su organización encuentra respaldo en los artículos 20, 38, 40 numeral 7o, 107 y 108 de la Constitución política.

b): EXCEPCION REGLAMENTARIA A LA INCOMPATIBILIDAD.

La hace consistir así:

El concepto que emitió la Sala de Consulta y Servicio Civil el 31 de agosto de 1993, radicado bajo el No. 533, con ponencia del Consejero doctor Roberto Suárez Franco, hace referencia al desempeño y ejercicio de funciones de un cargo o empleo privado. Ello presupone la preexistencia de una relación de tipo laboral, que a la luz del artículo 23 del C.S. del T., significa que la persona física que esté cumpliendofunciones debe reunir tres elementos escenciales para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo dentro del sector privado, a): La actividad personal del trabajador; b): La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y c): Un salario como retribución del servicio. Estos elementos no los demuestra el actor, como tampoco que clase de funciones y el ejercicio de las mismas por parte de la demandada como representante legal del Movimiento Unitario Metapolítico.

Se debe demostrar que la demandada incurrió en el ejercicio de determinadas funciones para que se configure el desempeño de un cargo o empleo de orden privado.

La demandada ejercía la Dirección Nacional del Movimiento por expresa disposición del artículo 18 de sus estatutos y por tal razón se considera que como miembro activo participaba en uno de los órganos directivos con el único fin de mantener adeptos o seguidores y persuadirlos sobre los propósitos que persigue aquel en cuanto al manejo de la sociedad. Estas actividades se encuentran consagradas dentro de la interpretación que se le debe dar al numeral 9o del artículo 283 de la Ley 5a, de 1992, ya que la palabra directivos que emplea éste es sinónimo de jefatura, gerencia, gobierno, mando, etc.

c): LEY ORGANICA No. 05 DE JUNIO 17 DE 1992.

La explica así:

Los estatutos de los congresistas deben estar consagrados en una ley orgánica, pues así lo ordena el artículo 151 de la Carta Política, y por tal se debe entender aquella que se dicta con un fín complementario de la Constitución. Al tener esta característica la ley orgánica, se puede considerar que hace parte de nuestro máximo ordenamiento jurídico, que hace parte del mismo orden jerárquico, sin que cree incompatibilidad alguna.

d): BUENA FE.

La sustenta así:

En ningún momento la demandada ha desempeñado o ejercido las funciones inherentes a un representante legal, a pesar de estar inscrita como tal, sino que ello es

consecuencia de que al momento de solicitar el reconocimiento de la personería jurídica se aportaron los estatutos, los cuales no han sido modificados ni adecuados a la Constitución de 1991, y en su artículo 18 consagran que el Director Nacional es el representante legal del partido para todos los efectos.

desde la fecha en que se le reconoció personería jurídica al Movimiento mediante la Resolución No. 018 de 17 de febrero de 1986, la demandada de buena fé ha desempeñado las actividades como Directora y Fundadora del Partido Político. Las funciones de dirección difieren ostensiblemente de aquellas que implican al ejercicio de la representación legal del movimiento (delegado, agente, suplente, obrar en nombre de otro), y si en algún momento se entendió así, lo fue porque se dio estricto cumplimiento a los estatutos.

e): EXCLUSIVIDAD Y CUMPLIMIENTO EN LOS DEBERES DE SENADORA.

La fundamenta así:

Desde el momento en que tomó posesión del cargo la demandada ha cumplido fiel y exclusivamente con los deberes consagrados en la Carta Política, demostrando hasta la saciedad ser una de las mejores senadoras que ha participado en la vida política del país; reconocida por los medios de información como la más crítica y activa del Congreso; y, además el Secretario del Senado ha certificado que ha asistido puntualmente a todas las sesiones desde que se inició la legislatura.

f): BENEFICIO EN PROVECHO PROPIO DEL DEMANDANTE.

La apoya así:

En el evento en que llegare a declararse la pérdida de la investidura de la demandada, el actor se beneficiaría, ya que ocupó el segundo renglón de la lista inscrita por el MUM ante la Registraduría Nacional del estado Civil el 16 de agosto de 1991, pues con el fallo se produciría una falta absoluta que entraría él a llenar.

g): LAS DEMAS QUE APAREZCAN PROBADAS Y DEMOSTRADAS DENTRO DEL PROCESO.

II.2.- Las partes alegaron de conclusión reiterando sus argumentos expuestos en la solicitud y la contestación de la misma.

II.3.- CONCEPTO FISCAL.

La señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se deniegue la petición del demandante, con base en el siguiente razonamiento:

1o): En cuanto a las excepciones:

Los hechos e hipótesis jurídicas que se plantean por la parte demandada no son medios exceptivos. La excepción, como lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la invocación de otro u otros hechos, nuevos, impeditivos, modificativos o extintivos de la pretensión, que una vez acreditados aniquilan los efectos de ésta.

Los enunciados de las excepciones propuestas, salvo la del literal b) que se analiza más adelante, no traen al debate hechos que puedan caracterizarse como excepciones porque solamente están cualificando aquellos que sirven de base a las pretensiones del actor. Se puede afirmar, inclusive, que la parte demandada hace un intento para justificarlos.

2o): En cuanto a la pretensión:

Del acervo probatorio recaudado se deduce que la senadora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LIZKA, ostentando dicha calidad fue elegida en la Dirección Nacional del MUM y permaneció en el cargo hasta noviembre de 1993, cargo que tiene la representación legal de dicho movimiento, según el artículo 18 de sus estatutos. El 3 de noviembre de 1993, se inscribieron los nuevos Directores Nacionales de acuerdo con la Resolución No. 050 del Consejo Nacional Electoral.

Esta particular circunstancia permitiría per se la pérdida de la investidura de la senadora, dando por probada la causal invocada por el actor, con apoyo en el concepto de 31 de Agosto de 1993 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto que la Procuraduría respeta y considera ilustrativo como pauta general.

Empero, un análisis más profundo de las circunstancias particulares en que se desarrollaron los hechos de que dá cuenta la demanda permiten llegar a la solución contraria:

a): Desde un punto de vista exegético la Constitución Política y la Ley 5a de 1992 prohiben a los congresistas desempeñar cargo o empleo público o privado. Desempeñar es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio. Ejercerlas". En este aspecto la Procuraduría Delegada comparte el salvamento de voto del Consejero doctor Alvaro Lecompte Luna a la sentencia de 1o. de diciembre de 1993 (Expediente No. AC-632 , actor Josef Namen Gorayeb, Consejero Ponente Doctor Miguel Viana Patiño).

b): Desde un punto de vista jurídico fáctico se observa lo siguiente: Al Movimiento Unitario Metapolítico se le reconoció personería jurídica mediante la Resolución No. 018 de 17 de febrero de 1986, emanada del Consejo Nacional Electoral, En el artículo 1o de sus estatutos se establece que se constituye "...en partido Político autónomo e independiente, una organización filosófica, metafísica, socioeconómica y política..." Según el artículo 12 sus órganos nacioanles de gobierno y administración son, entre otros: la Convención Nacional, la Dirección Nacional, la Junta Directiva Nacional, la Coordinación Nacional y el Tribunal de Honor.

La suprema autoridad es la Convención Nacional (artículo 15). La Dirección Nacional está desempeñada por un Director designado por la Convención Nacional para períodos de un año, quien es el representante legal del Partido para todos los efectos (artículo 18) sus funciones son: a) Convocar y presidir la Convención Nacional en su caso; b): Impulsar las actividades y programas del Movimiento Unitario Metapolítico; c) Resolver en última instancia el recurso de súplica interpuesto contra la resolución impuganada por afiliados y directivos; d): Las demás que señalen estos estatutos (artículo 19). El artículo 52 le confiere además la facultad de libre nombramiento y remoción de los funcionarios que conforman la estructura administrativa.

De la lectura de las funciones del Director Nacional se observa que ellas no tiene ninguna incidencia en el aspecto de los bienes y presupuestos del Movimiento, pues éstas corresponden a la Junta Directiva Nacional, a través del Tesorero Nacional (artículo 27). El director nacional debe impulsar las actividades y programas del movimiento de acuerdo con los principios y objetivos que se derivan de los artículos 6o y 7o. de los estatutos.

Para la Procuraduría Delagada el desempeño simultáneo de la demandada del cargo de senadora y del de Directora Nacional del MUM no alcanza a contravenir el espíritu del Constituyente de 1991, que al erigir la causal de incompatibilidad que se estudia buscaba "...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 y perjuicio de la función parlamentaria y de su eficacia" (Sentencia de 1o de diciembre de 1993, anteriomente citada).

c): La congruencia de la sentencia:

Según este principio de Derecho Procesal, la sentencia como acto procesal que culmina en forma normal al proceso, debe ser congruente con la demanda, acto de iniciación procesal, este Principio toma más fuerza ante esta Jurisdicción, que es rogada, en cuanto a que la decisión del juez tiene que circunscribirse a los términos del libelo.

En el caso de autos del actor en su libelo señala dos argumentos:

1o): La "dedicación exclusiva de los congresistas al ejercicio de su investidura en las prohibiciones estatuídas en el artículo 180 ya citado", que no tiene sino la excepción del ejercicio de la cátedra, y "por tanto, cualquier otra actividad que ellos ejerzan es violatoria de la citada norma..."

Ocurre que en el expediente no se demostró que la senadora demandada, en el tiempo que se desempeño como Directora Nacional del MUM, ejerciera actividades que afectaran su dedicación exclusiva a las labores congresionales. Muy por el

contrario al folio 34 obra certificación del Secretario General del Senado de la República de 7 de Diciembre de 1993 en que da cuenta la asistencia puntual de la senadora a todas las sesiones desde que se inició la legislatura hasta la fecha de expedición de la misma.

Se atentaría contra dicho principio procesal si se accediera al planteamiento del actor.

2o): El MUM ha recibido dineros del Tesoro Público por los votos que ha obtenido en las elecciones de congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes.

Sobre este punto cabe advertir que el estatuto del MUM no le confiere al Director Nacional ninguna función relacionada con los bienes o el presupuesto del mismo, las que corresponden al Tesoro Nacional, según el artículo 27 del mismo.

En relación con la confusa "EXCEPCION REGLAMENTARIA A LA INCOMPATIBILIDAD", la Procuraduría Delegada considera que el salvamento de voto emitido por el Consejero doctor Carlos Orjuela Góngora en la precitada sentencia de 1o de Diciembre de 1993 hace claridad al respecto.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La solicitud del actor está encaminada a que esta Corporación decrete la pérdida de la investidura de la congresista REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LIZKA por cuanto considera que incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 1o del artículo 180 de la Constitución Política, esto es, desempeñar un cargo privado, ya que simultáneamente la demanda ejercía las funciones de senadora de la República y las de representante legal del Movimiento Unitario Metapolítico, causal que hacía más ostensible al haber recibido este Movimiento dineros del Tesoro Público por los votos obtenidos en las elecciones de congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes.

En relación con dicha solicitud la demandada propuso seis excepciones, que la Sala estima, de acuerdo con su colaboración fiscal, que no tienen el carácter de tales, por lo cual habrá de declararse no probadas, dado que no se sustentan en hechos nuevos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión del demandante, sino que se trata de argumentos a través de los cuales se engloba toda la defensa, que solamente pueden ser considerados en un análisis de fondo de la controversia.

En cuanto concierne al cargo planteado en la solicitud, la sala considera lo siguiente:

1.- El artículo 40 de la Constitución Política consagra como derecho fundamental de los ciudadanos el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y dentro de las formas de hacer efectivo este derecho prevé en su numeral 3o la de "Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas".

2.- El artículo 107 *ibídem,* en consonancia con el precepto anterior, "garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse".

3.- El artículo 108 *ibídem,* por su parte, estatuye, entre otras regulaciones, que el Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos o movimientos políticos que se organicen para participar en la vida democrática del país cuando comprueben su existencia con no menos de cincuenta mil firmas, o cuando en la eleccción anterior hayan obtenido por lo menos la misma cifra de votos o alcanzado representación en el Congreso de la República; que en ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación a ellos para participar en las elecciones; que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno; y que dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

4.-El artículo 109 *ibídem* autoriza al Estado para contribuir a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y a la ley para limitar el monto de los gastos que los partidos y movimientos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones individuales.

5.- El artículo 111 *ibídem* le reconoce a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica el derecho a utilizar los medios de comunicación social del estado en todo tiempo conforme a la ley.

6.- El artículo 152 literal c *ibídem* atribuye al Congreso de la República la facultad de regular, mediante ley estatutaria, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos.

7.- Del contenido de los preceptos constitucionales enunciados fluye claramente que para hacer una realidad los principios fundamentales que postula la carta en sus artículos 1o. y 2o., esto es, que Colombia es una República democrática, participativa y pluralista y que dentro de los fines esenciales del Estado está, entre otros, el de facilitar la participación de todas las personas en las decisiones que las afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, se les ha dado entidad constitucional a los partidos y movimientos políticos, sin hacer distinciones entre unos y otros, garantizando a los ciudadanos la libertad de afiliarse y fundar los mismos, reconociéndoles personería jurídica cuando satisfagan los requisitos allí previstos, prohibiéndole a la ley entrometerse en su organización interna, facultándolos para inscribir candidatos en las elecciones con el aval del respectivo representante legal, autorizando al estado para financiar su funcionamiento y campañas electorales y para permitirles el acceso a los medios de comunicación social estatales.

8.- Las regulaciones puestas de presente no hacen sino institucionalizar una realidad sociológica y política: los partidos y movimientos políticos son organizaciones que tienen como objetivo directo la conquista del poder o la participación en su ejercicio, a través de la obtención de escaños en las corporaciones de elección popular, como son en Colombia el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales, como también a cargo de la misma índole, como la Presidencia y Vicepresidencia de la República, Gobernaciones y Alcaldías.

9.- Las consideraciones precedentes ponen en evidencia que los partidos y movimientos políticos, al ser objeto, como se ha visto, de una regulación especial de carácter constitucional y legal estatutario, no pueden asimilarse a las personas jurídicas de Derecho Privado, las cuales tienen objetivos diferentes, que no son políticos como los de aquéllos, y que están sujetas a una normatividad distinta de Derecho Privado, consagrada en los Códigos Civiles y de Comercio y demás disposiciones que los complementan.

10.-En concordancia con el alcance de los preceptos constitucionales analizados, el artículo 283 de la Ley 5a. de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, en su numeral 9o. consagra como excepción a la incompatibilidad prevista en el numeral 1o. del artículo 180 de la Carta Política la de "Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley".

11.- Aplicando las reflexiones que anteceden al caso *sub-exámine,* se tiene:

a): Según a folio 1 al Movimiento Unitario Metapolítico le fue reconocida personería Jurídica mediante resolución No. 018 de 17 de febrero de 1986, emanada del Consejo Nacional Electoral, según da cuenta el certificado expedido por el Secretario del mismo el 30 de Septiembre de 1993.

b): Conforme a los estatutos de dicho movimiento, éste entre otros propósitos, tiene el de "...elevar el nivel de vida, la capacitación y cultura del pueblo. Para ello busca el poder, reclama el gobierno y estará en los cuerpos colegiados para producir leyes que comprometan al Estado para servir a la comunidad" (artículo 8o. numeral 5o) (folio 22).

c): La demandada fue elegida Senadora de la República para el período constitucional 1991-1994, según la credencial que obra a folio 23.

d): La demandada se desempeñó como Directora Nacional del Movimiento Unitario Metapolítico hasta el 3 de noviembre de 1993, en que fueron inscritos sus sucesores mediante la Resolución No. 50 de dicha fecha, expedida por el Consejo Nacional Electoral (folios 49 a 51).

e): Como Directora Nacional del referido movimiento, de acuerdo con el artículo 18 de los Estatutos, tenía la presentación legal del mismo, y como funciones, según el

artículo 19 *ibídem*, las siguientes. a) Convocar y presidir la Convención Nacional en su caso., b): Impulsar las actividades y programas del Movimiento Unitario Metapolítico; c): Resolver en única instancia el recurso de súplica interpuesto contra la resolución impuganada por afiliados y directivos; d): Las demás que señalen estos estatutos.

El artículo 52 *ibídem* señala además que le corresponden al representante legal nombrar y remover libremente a los funcionarios que conforman la estructura administrativa del movimiento.

Del acervo probatorio reseñado emerge como conclusión que la demandada REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LIZKA al desempeñarse como representante legal y Directora Nacional del Movimiento Unitario Metapolítico no ejerció un cargo privado sino de carácter político, en el cual es compatible con la investidura de senadora de la República que ostenta, pues es precisamente a través de éste como se logra alcanzar uno de los propósitos políticos del Movimiento que lidera, que son los que la normatividad constitucional pretende garantizar y que el artículo 283 numeral 9o de la Ley 5a de 1992 ha erigido como excepción a la incompatibilidad consagrada en el artículo 180 numeral 1o de la Carta Fundamental.

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:

1o): DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2o): DENIEGASE la solicitud de pérdida de la investidura de la Congresista REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LIZKA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 22 de febrero de 1994.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Vicepresidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren De La Lombana de Magyaroff,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

CONGRESISTA-Inhabilidades/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/VALORES CONSTITUCIONALES/(Salvamento de Voto)

El fallo en todo su universo, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al derecho Constitucional. Y afirmo esto, porque la carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistema de positivación mixto, en el cual se recogen VALORES SUPERIORES DEL ORDEN JURI-DICO 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. El universo que tiene la normatividad que se recoge en los artículos 179 a 187 de la Constitución resulta, en parte sustancial, INCONSTITUCIONAL, con lo cual me adhiero a la perspectiva jurídica que enseña que es posible encontrar normas constitucionales que violen la Constitución. 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...? El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho 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.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. AC-1386. Actor: Jaime Rafael Pedraza.

Comparto la decisión de fondo pero no las consideraciones, que a mi juicio han debido tener una filosofía distinta.

El fallo, en todo su universo, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional. Y afirmó esto, porque la Carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistema de positivación 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 (artículos 1o. a 10o. de la Constitución Nacional).

Prosiguiendo con el estudio de la escala normativa, viene luego **CLAUSULAS GENERALES,** que nos sitúan en el campo de un **GRUPO DE DERECHOS FUNDAMENTALES,** que se han positivado como 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 (artículos 14, 22 etc.).

Finalmente, encuentro en el citado estatuto **NORMAS DE TUTELA** que buscan garantizar los **DERECHOS FUNDAMENTALES** (Artículo 86).

A la luz de la anterior jerarquía normativa encuentro 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 lo cual me adhiero 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 las denominadas **"NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES"** (Verfassungswidrige Verfassungsnorme, 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 CONTRAIGAN SU SENTIDO..."** (Los Derechos Fundamentales. Tercera Edición, Tecnos, página 62) (Destacado nuestro).

En este momento de discurso, me pregunto: 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 puede volver a ser congresistas **"QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA..."?** Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal. Como lo enseñaba el teólogo evangélico **Rothe** en 1869? ¿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? Acaso no será menester estudiar y definir, a la luz de la lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese encargo compromete seriamente la labor del parlamentario? Será que éste no puede ser el administrador del edificio en que vive, o el Presidente de la Junta del Colegio, donde estudian sus hijos?

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 demanda del juez gran ponderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los **PREJUICIOS SUBLIMINARES.**

Me 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 Laurenz, 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 parte de las veces entendemos sólo una sobrevalorización de la ley y de la dogmática orientada hacía la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición 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 confieso nace del respecto que merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho me 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 información 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 comporta como las hijas de **Pelias** que despedazaron a su viejo padre para resucitarlo..." (El Futuro de la Democracia. Plaza y Janés, páginas 15 y ss.).

Con toda consideración.

Julio César Uribe Acosta

CONGRESISTA-Inhabilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/PARTIDO POLITICO**-Representación Legal/**PARTIDO POLITICO/DIRECTIVO/** (Aclaración de Voto)

Una cosa es la representación legal de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica y otra la dirección de los mismos. En otros términos, que el señor directivo de los partidos políticos con personería jurídica, en la simple y escueta calidad de miembro del Cuadro Directivo, Junta de Dirección, Consejo Directivo o Junta Directiva, no constituye la incompatibilidad prevista en el numeral 1o del artículo 180 de la Carta Política, pero si eventualmente podrá tipificar esta causal la representación legal o personería jurídica que un parlamentario ostente con relación a un partido o movimiento político reconocido como persona jurídica. Digo que eventualmente podrá darse la causal referida, puesto que entiendo que si dicha representación legal le sustrae tiempo significativo para cumplir con la función congresional, se impondría la pérdida de investirdura por el ejercicio de un empleo privado. No se entienda que la causal se da por el simple prurito de figurar como representante legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo dos (2) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-1386. Actor: Jaime Rafael Pedraza. Sentencia de 23 de febrero de 1994. Asunto: Pérdida de Investidura de Regina Betancourt de Liska.

Como lo expliqué durante el debate llevado a cabo en Sala Plena, compartí la parte resolutiva de la sentencia, en su totalidad, pero me vi precisado a aclamar mi voto por lo consignado en el numeral 10 de las consideraciones, visible a folio 17 del fallo, esto es en cuanto que la Ley 5a de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, en el numeral 9o. de su artículo 283, consagra como excepción a la incompatibilidad prevista en el numeral 1o. del artículo 180 de la Carta Política la de "Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley". En efecto, el suscrito entiende que una cosa es la representación legal de los partidos o movimientos políticos con personeria jurídica y otra **la dirección** de los mismos. En otros términos que el señor directivo de los partidos políticos con personeria jurídica, en la simple y escueta calidad de miembro del Cuadro Directivo, Junta de Dirección, Consejo Directivo o Junta Directiva, no constituye la incompatibilidad prevista en el numeral 1o del artículo 180 de la Carta Política, pero sí eventualmente podrá tipificar esta causal la representación legal o personeria jurídica que un parlamentario ostente con relación a un partido o movimiento político reconocido como persona jurídica. Digo que eventualmente podrá darse la causal referida, puesto que entiendo que si dicha representación legal le sustrae tiempo significativo para cumplir con la función congresional, se impondría la pérdida de investidura por el ejercicio de un empleo privado. No se entienda que la causal se da por el simple prurito de figurar como representante legal.

El criterio que aquí estoy esbozando, lo acogió la Corporación en sentencia de octubre 4 de 1993, expediente AC-500; proceso de Pérdida de Investidura del Senador José Navarro Mojica con ponencia de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas, al señalar: **"De conformidad con los estatutos de la Corporación (Acuerdo No. 1 de 1986 de la Sala General, aprovado 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).

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández.

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

Los artículos 184 y 237, ordinal 5o. de la Constitución Política, no dejan la menor duda sobre la competencia del Consejo de Estado para conocer del proceso sobre pérdida de la investidura de los congresistas.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA/PROCESO ORDINARIO

Salvo disposición legal en contrario, no puede haber conflicto jurídico sin juez o sin solución. Para evitar lo primero, las diferentes legislaciones consagran una regla general de competencia para los casos en que no se haya previsto un juez especial. Entre nosotros, lo es el Juez Civil del Circuito según el artículo 16 numeral 11 del C. de P.C. Y, para evitar lo segundo respecto a conflictos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, igualmente se establece que el procedimiento ordinario será el pertinente cuando no se haya establecido uno especial (Artículo 206 del C.C.A.).

CONGRESISTA-Incompatibilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/GESTION DE NEGOCIOS/FONDOS PUBLICOS/PERSONERIA JURIDICA**-Inexistencia

"Gestionar", como lo dice el diccionario de la lengua española, es "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera", que fue precisamente lo que el congresista demandado hizo con el señor Gómez Gaona. Se encuentra configurado el caso de la cuarta

incompatibilidad establecida en el artículo 180 de la Constitución Política, según el cual los congresistas no pueden realizar gestiones con personas naturales que invierten fondos públicos, conducta que está sancionada con la pérdida de la investidura por mandato del numeral 1o del artículo 183 de *ibídem*. De tal forma, que ha tenido en cuenta la Sala que no se demostró, lo cual por lo demás era imposible que el demandado hubiera gestionado con el Instituto de Capacitación de Bachillerato INCABA, por la potísima razón de que ello supondría que tuviera personería jurídica, atributo este del cual carece. Porque como bien lo anota el ministerio público, la "personalidad" de los mencionados planteles educativos es la misma de su propietario, ante quien sí gestionó el demandado.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogota, D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. AC-535. Asuntos Constitucionales. Actor: Procuraduría General de la Nación.

La Pocuraduría Delagada para Asuntos Presupuestales solicitó al Consejo de Estado se decrete la pérdida de la investidudura del representante a la Cámara LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES (fls. 262 a 266), con fundamento, en síntesis, en lo siguiente:

a) Al Instituto de Capacitación de Bachillerato "INCABA" se le asignaron partidas del presupuesto nacional de 1991 por valor de $285 millones, de los cuales $160 millones fueron incorporados por iniciativa del mencionado Representante a la Cámara.

b) El Tesorero de ese establecimiento educativo giró el 19 de diciembre de 1991 el cheque número 4300834 por $12 millones y el 15 de enero de 1992 el número 5233816 por $5 millones, ambos contra la cuenta corriente número 053-876243-06 del Banco Industrial Colombiano a la orden del señor Antonio Peña.

c) En la mencionada cuenta corriente fue consignado el cheque por valor de $79 millones girado por el Fondo de desarrollo comunal en favor del Instituto de capacitación de Bachillerato "INCABA", por concepto de auxilios de iniciativa parlamentaria, e igualmente a la misma cuenta fueron trasladados $55 millones procedentes de auxilios, consignados inicialmente en el Banco Popular, cuenta INCABA AUXILIOS NACIONALES 06215188-06.

d) Los cheques girados a Antonio Peña fueron endosados mediante sendas firmas ilegibles y diferentes entre sí, no obstante tratarse de un mismo tenedor, señalándose en el primer caso como documento de identificación la cédula de ciudadanía número 19.957.103 y en el segundo la número 22.030.460 que no han sido adjudicadas,

conforme lo hace constar la Registraduría Nacional del Estado Civil.

e) Posteriormente esos mismos cheques fueron endosados mediante una misma firma ilegible indicándose como cédula de ciudadanía la número 2.981.288, cuyo titular es LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES, y consignados el primero en la cuenta corriente número 011-01507-0 del Banco Anglo Colombiano y el segundo en la cuenta de ahorros de valor constante 0067-0005381-9 de la Corporación de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA, las cuales pertenecen también a LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES.

La solicitud, en lo pertinente, termina así:

"De lo anterior se infiere que el Representante a la Cámara LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES, adelantó gestiones ante el Instituto de Capacitación del Bachillerato "INCABA", para que se efectuara el giro, en favor del supuesto y al parecer inexistente primer beneficiario (ANTONIO PEÑA), y en últimas obtuvo los cheques que finalmente fueron consignados en sus cuentas bancarias personales.

Como quiera que el Instituto de Capacitación del bachillerato "INCABA", es una persona jurídica de derecho privado que, a título de auxilios, recibió donaciones del Estado y según los fines para los cuales fueron otorgados tales auxilios administraba dichos dineros públicos, es claro que el representante a la cámara LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES, en su condición de congresista, no podía realizar ninguna clase de gestión ante la mencionada entidad INCABA, según los mandatos del numeral 4o. del artículo 180 de la Carta Política.

Según quedó establecido, la causal por la que se adelanta la presente acción es aquella consignada en el numeral 1o del artículo 183 de la Constitución Nacional, esto es porque el congresista LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES ha podido incurrir en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al realizar gestiones con personas jurídicas de derecho privado que administran, manejan o invierten fondos públicos o reciben donaciones del Estado, contrariando así la prohibición consignada en el numeral 4o del artículo 180 de la misma Carta, cuestión que a su turno equivale a las causales que para pérdida de investidura reprodujo la ley 5a. de 1992 en los numerales 1 y 2 del artículo 296, razones por las cuales no hay lugar a obtener ni menos acompañar sentencia penal condenatoria mediante la cual se hubiere establecido que el respectivo congresista incurrió en indebida destinación de dineros públicos, requisito éste que exige la ley únicamente para los casos previstos en los ordinales 4 y 5 del citado artículo 296". (folios 264 y 265).

Contestación de la solicitud. El demandado contestó la solicitud por intermedio de apoderado (fls. 275 a 283), afirmando que fue elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Meta para el período constitucional que termina en 1994; dijo que es cierto que fue gestor del auxilio a INCABA por la suma de $160

millones y que también lo es que la entidad educativa beneficiaria de los auxilios los recibió con el visto bueno de la Procuraduría Delegada para Asuntos presupuestales que suscribió la solicitud ante el Consejo de Estado; que la solicitud atribuye al congresista, sin fundamento alguno, que éste adelantó gestiones ante el Instituto educativo para que se efectuara el giro de dos cheques por doce y cinco millones de pesos, lo cual no es cierto porque INCABA no emitió cheque alguno, ni entregó algún dinero que tenga que ver con el representante Gutiérrez Puentes; que tampoco el congresista "adelantó gestiones" en tal sentido; que aparte de haber sido uno de los "gestores" de los auxilios al mencionado Instituto el parlamentario no tuvo intervención alguna en las actividades o manejos internos de ese plantel educativo; después de transcribir uno de los fundamentos jurídicos de la solicitud se afirma que ninguna violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflictos de intereses le puede ser atribuído válidamente al representante Gutiérrez Puentes; pues las inhabilidades tocan con la elegibilidad o inelegibilidad del parlamentario, cuestión esta extraña al presente proceso; al referirse a las incompatibilidades transcribe apartes de la solicitud y afirma que la acusación se formula, sin que el representante Gutiérrez Puentes haya sido escuchado, bajo la presunción de culpabilidad, con manifiesta violación del artículo 29 de la Constitución Política; que el presente caso es otro capítulo del serio desacuerdo que actualmente se registra entre la Procuraduría y la Fiscalía con la rama legislativa, en que aquellas todo le reprochan a ésta; que si la Procuraduría Delegada hubiera querido obtener una información veraz y completa, habría pedido explicaciones al representante Gutiérrez Puentes, evitándose promover esta acción.

En un capítulo que denomina REPLICA A LA DEMANDA la contestación prosigue:

Que infiere mal la demandante cuando propone "que el Representante a la Cámara LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES, adelantó gestiones ante el Instituto de Capacitación del Bachillerato "INCABA", para que se efectuara el giro"; que yerra al suponer una maniobra mediante la utilización "del supuesto y al parecer inexistente primer beneficiario (ANTONIO PEÑA)." y que desacierta al conciderar a dicho congresista incurso en la causal 4a de incompabilidades establecidas en el artículo 180 de la Constitución Política; que la verdad es esta:

Que el representante a la Cámara Gutiérrez Puentes, quien ha sido elegido en esa condición desde 1974 hasta 1991, se encontró corto de recursos económicos para afrontar las últimas elecciones (27 de Octubre de 1991 y 8 de marzo de 1992), por la frecuencia de los comicios, incluidos los de Presidente y Asamblea Constitucional. Cuentas de cobro inaplazables le llegaron después de las elecciones de octubre, por los conceptos de publicidad, transporte y remuneración de empleados de las campañas; que ante esa difícil situación, pues el reintegro legal de los gastos electorales tardarían en llegar, llamó por el teléfono a su casa de habitación a don Emilio Delfín Gómez Gaona, para pedirle el favor personal de prestarle el dinero indispensable a fin de cubrir las

deudas electorales pendientes, y alguna suma adicional para afrontar la muy próxima campaña de elección de diputados, alcaldes y consejales del 8 de marzo de 1992; que el señor Gómez convino en hacerle ese favor al demandado y éste envió a su chofer Antonio Peña (empleado de la Cámara a su servicio) a recoger los cheques correspondientes; que ignora el representante Gutiérrez Puentes por qué don Emilio Delfín Gómez Gaona emitió los cheques, por $12 millones a la vista y $5 millones posdatados, a nombre del comisionado peña y no a su nombre, pero que como era una equivocación irrelevante se abstuvo de perdir el cambio de esos títulos ; que no teniendo nada que ocultar, disimular o simular, el representante Gutiérrez Puentes colocó su firma y el número de su cédula al reverso de los cheques y los consignó en sus cuentas bancarias como cualquier otra operación comercial corriente; que si de no parecer se hubiera tratado, nada habría sido tan fácil al parlamentario como dejar que su chofer hiciera el cobro en el Banco, en su propio nombre, y le trajera el dinero; que en garantía del préstamo, el doctor Gutiérrez Puentes había enviado con Peña el cheque No. 2794650 del Banco Mercantil (Villavicencio), a favor de Delfín Gómez, sin fecha, por $17 millones; que dos abonos ha hecho a esta deuda, por once millones de pesos, anotados al reverso del título; que ninguna "gestión" adelantó el representante Gutiérrez Puentes "ante el Instituto de Capacitación del Bachillerato "INCABA" ni jamás ha intervenido en su manejo o funcionamiento y finalmente, que "esos son los HECHOS, los verdaderos!".

Excepciones. Propuso el demandado la excepción de pleito pendiente, respecto de la cual se profirió la provencia desestimatoria de folios 311 a 314.

Terceros intervinientes. Durante el trámite del proceso se constituyeron, como parte coadyuvante el ciudadano Fernando Soler Rojas (fls. 354), y como impugnante, el ciudadano Héctor Arturo Moreno Morales (fls 401 a 405).

Alegatos. Dentro del término para alegar, el Ministerio Público, el demandado, el coadyuvante y el impugnante presentaron sus alegatos, así:

a) El Ministerio Público (fls 407 a 412), expresó, en lo pertinente, que los hechos fundamentales de la acción están demostrados en el proceso, advirtiendo que los planteles educativos favorecidos con los auxilios de iniciativa parlamentaria no tenían personería jurídica, según se desprendía de las certificaciones de folios 349 y 359 y de la declaración de su propietario el señor Emilio Delfín Gómez Gaona, razón por la cual la personalidad de aquellas es la misma de éste; que también estaba demostrado que el demandado gestionó y obtuvo un préstamo de dinero del mencionado Gómez Gaona, incurriendo así en la prohibición prevista en el ordinal 4o. del artículo 180 de la Constitución Política, lo que determina que sea procedente decretar la pérdida de la investidura de Representantes a la Cámara que ostenta el demandado.

b) El demandado (fls. 386 a 398) alegó en síntesis sobre los siguientes puntos:

"1o) La C.N. y la ley exigen la expedición de una ley que señale un procedimiento especial para el juzgamiento requerido para pérdida de investidura, procedimiento hoy inexistente, sin el cual no puede conocer ni fallar el Consejo de Estado.

2o) El procedimiento ordinario previsto en el C.C.A. es inaplicable para juzgar los casos de pérdida de investidura.

3o) En su defecto, el Consejo de Estado no puede dictar sentencia sin dar previo cumplimiento a las exigencias previstas en el art. 298 de la ley 5a de 1992.

4o) La Procuraduría desconoció el derecho de defensa al no darle oportunidad al Representante Gutiérrez de hacer sus descargos.

5o) A la Procuraduría le faltó seriedad en la formulación de los cargos, variándolos en las dos oportunidades que los formuló al Consejo de Estado, y basada en simples sospechas, como si la impulsara algún ánimo persecutorio.

6o) El cargo de incompatibilidad que se le atribuye al Representante Gutiérrez está totalmente desvirtuado, porque jamás realizó gestión alguna ante persona privada que haya recibido donaciones del Estado.

7o) El préstamo de dinero es una actividad lícita, así se trate de un mutuo gratuito y sin plazo definido.

8o) El préstamo en cuestión estuvo garantizado por el deudor en forma legal, y viene siendo cancelado oportunamente. Este hecho desvirtúa la incompatibilidad imputada.

9o) Finalmente, el presente proceso deberá suspenderse por razón de haberse presentado el fenómeno de la prejudicialidad propuesto en las consideraciones del presente alegato.

Por todo ello solicito atentamente que el Consejo de Estado se declare **inhibido para fallar.** Que en su defecto, le dé aplicación al art. 298 de la ley 5a de 1992, y al sentenciar **absuelva al representante doctor Leovigildo Gutiérrez Puentes".** (folios 397 y 398).

c) El ciudadano coadyuvante (fls 380 a 385), se refirió al instituto de la pérdida de la investidura, a la sentencia proferida por la Corporación en el caso del demandado Alberto Escrucería, a las partidas giradas a título de "auxilios" y a las relaciones entre Emilio Delfín Gómez Gaona y el demandado, para concluir que la acción promovida debe prosperar.

d) El ciudadano impugnante solicitó negar las súplicas de la demanda, o declarar la nulidad de todo lo actuado, o dar aplicación a la prejudicialidad penal suspendiendo el proceso e inhibiéndose de fallar, con fundamento en que:

Quien dijo desempeñar el cargo de Procuradora Delegada para Asuntos Presupuestales, no ha acreditado en debida forma tal calidad y ni siquiera le hizo la presentación personal "al libelo introductorio de demanda", no se ha identificado, ni ha acreditado ser "abogada titulada" máxime si se trata de representar al Ministerio Público; que la demanda no reúne los requisitos de algunos artículos del C. de P.C.; que existe irregularidad respecto del folio 255A porque habiendo sido recibido el 27 de enero, antes de presentarse ya había sido repartido el asunto al Magistrado Ponente el 20 de enero y a la Procuraduría Séptima Delegada; en el punto tercero del folio 402 relata el impuganador el contenido del auto que concedió término para corregir la solicitud, el cual fue notificado al Procurador Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, quien no se presentó demanda alguna, ni dio poder, ni comisionó para este caso específico, lo que general nulidad; en el punto cuarto se afirma:

> "Al revisar el expediente se observa que se trata es de un préstamo personal, entre personas naturales, no de INCABA al Congresista, y confunde este asunto como si se tratara de una entidad de derecho privado y un parlamentario cuyas situaciones de hecho y de derecho son totalmente diferentes, tanto en el tiempo y antes de que se expidiera Ley alguna, esto es del año 1991 y la Ley es de 1992". (folio 402).

Y continúa: que al seguirse un procedimiento ordinario cuando la Ley 5a. de 1992 dice que es un procedimiento judicial especial, se estaría generando nulidad de conformidad con el numeral 4 del artículo 140 del C. de P.C. y se observa que se han coartado el derecho de defensa y el debido proceso y las formas propias de cada juicio (artículo 29 de la Constitución Política); que en el expediente existe constancia de que la comisión de ética de la Cámara de representantes adelanta una investigación a fin de establecer si existe mérito o no para proceder de conformidad al trámite pertinente de pérdida de investidura y, que mientras no se produzca la decisión de la Cámara, es inane e improcedente emitir un pronunciamiento de fondo por la Sala Plena del Consejo de Estado; que de otra parte la Corte Suprema de Justicia adelanta el proceso 8064 por los mismos hechos y "por el mismo asunto", debiéndose aplicar la prejudicialidad penal; que las excepciones y nulidad propuestas no fueron tramitadas en cuaderno separado y las primeras sin el traslado ordenado en el artículo 135 del C. de P.C., lo cual viola el procedimiento que es de orden público; da a entender que el auto admisorio de la solicitud de la Procuraduría debió ser proferido por la Sala Plena y no por el Magistrado ponente, pues algunos Magistrados se han abstenido de darle trámite en casos similares como el del Senador José Ramón Navarro Mojica; que está demostrando que la conducta del demandado es clara, transparente y diamantina, pues se trata de un "préstamo mutuo" entre aquel "como persona natural" con otro ciudadano, no con entidad alguna; que la misma procuraduría delegada autorizó el trámite y pago de auxilios que el Ministerio de Gobierno ordenó pagar al Instituto de capacitación de Bachillerato; que así como la Corte Suprema de Justicia no encontró mérito en el caso del Doctor Juan Martín Caicedo Ferrer, menos en este asunto donde no se ha decidido la competencia y que mientras no haya un sentencia condenatoria en contra del

congresista no le es dable tramitar proceso alguno "menos, aquí donde la transacción comercial es entre Emilio Delfín Gómez Gaona y el señor Antonio peña quien le endosó el cheque".

Suspensión del proceso. Por autos de folios 415 a 417 y 454 se denegaron las peticiones de la parte demandada sobre suspensión del proceso.

Cumplido el trámite, procede resolver lo pertinente previas las siguientes.

CONSIDERACIONES :

Competencia. Lo primero que debe verificar la Sala es su competencia y la regularidad del proceso adelantado por el procedimiento ordinario, ante lo planteado por las partes demandadas a folios 350,386 a 398, 418 y 426 y por el impugnante a folio 402, en el sentido de que el Consejo de Estado no puede asumir la competencia de este asunto mientras no pueda aplicar el procedimiento especial que exigen la Constitución Política y el artículo 304 de la ley 5a de 1992.

La cuestión envuelve dos aspectos diferentes, la competencia y el procedimiento.

Acerca de la primera, los artículos 184 y 237, ordinal 5 de la Constitución Política, no dejan la menor duda sobre la competencia del Consejo de Estado para conocer del proceso sobre pérdida de la investidura de los congresistas.

Y después de la vigencia de la ley 5a de 1992 que en su artúcilo 304 dispuso que dicha pérdida se declararía **judicialmente**, tampoco existe duda que es el Consejo de Estado en pleno (art. 298.3), investido de atribuciones judiciales, el competente para decretarla. Y solamente lo es la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que está profiriendo esta providencia, pues a términos del artículo 236 de la Constitución, que exige separar las funciones jurisdiccionales de la Corporación de las demás que le asignen la misma Constitución y la ley, no puede pensarse válidamente que dicho Consejo de Estado en pleno para proferir una **decisión judicial** deba estar integrado además con la Sala de Consulta y Servicio Civil, como se plantea en la providencia de folios 422 a 425 acompañada al proceso por la parte demandada.

En torno al tema del procedimiento, advierte la Sala que él toca uno de los postulados escenciales de toda comunidad civilizada, como que no pueda concebirse ésta si alguno de sus conflictos jurídicos no tiene solución.

En efecto, bien sabido es que, salvo disposición legal en contrario, no puede haber conflicto jurídico sin juez o sin solución. Para evitar lo primero, las diferentes legislaciones, consagran una regla general de competencia para los casos en que no se haya previsto un juez especial. Entre nosotros, lo es el Juez Civil del Circuito según el art. 16, numeral 11 del C. de P.C.

Y, para evitar lo segundo respecto a conflictos de conocimientos de la jurisdicción contencioso administrativa, igualmente se establece que el procedimiento ordinario será el pertinente cuando no se haya establecido uno especial (art. 206 del C.C.A.).

Con iguales alcances se expidió el artículo 48 de la ley 153 de 1887 que consagra la responsabilidad por denegación de justicia cuando el Juez rehusare juzgar pretextando silencio, ariososcuridad o insuficiencia de la ley.

Entonces, no adoptar el procedimiento ordinario para decidir la pérdida de la investidura de los congresistas frente a la inexistencia de un procedimiento judicial especial, es impedir que tenga solución el conflicto jurídico planteado, aunque tenga un juez competente para dirimirlo señalado por demás, en forma reiterada por la Carta en sus artículos 184 y 237, numeral 5. Con ello, además se desvirtuaría la prevalencia del derecho sustancial ordenada en el artículo 228 de la Constitución Política, contenido en normas tales como los artículos 110, 179, 180 y 183 de la Constitución Política, atinentes al Instituto de la pérdida de la investidura y sus causales, 184 y 277 numeral 6 e inciso final, *ibídem*, que regulan lo concerniente a esta acción y sus titulares, y los artículos 184 y 237-5, de la misma Carta y la ley 5a. de 1992, en cuanto señalan el juez competente.

Sólo falta la expedición de la ley especial que establezca las normas procesales, formales o instrumentales para el trámite del respectivo proceso; de donde es fácil concluir que de aceptarse las postura jurídica que reclaman el demandado y el impugnante, no estaría prevaleciendo el derecho sustancial, sino **una expectativa de normatividad procesal** sobre aquel, con lesión de las aludidas normas constitucionales.

Pero, muchísimo menos puede esta Corporación abstenerse de adoptar el procedimiento ordinario porque con él no pueda darse cumplimiento al término de los 20 días establecido en el artículo 180 de la Constitución Política, debido a que la **celeridad procesal** implícita en ese término, no es condición del debido proceso y por el contrario, potencialmente lo desvirtuaría.

En efecto, "debido proceso" no es simplemente el que establezca la ley, sino aquel que garantice la imparcialidad del juez, su independencia y su autonomía, así como el derecho de defensa que comprende la posibilidad de controvertir las pruebas presentadas en contra del demandado, la de aportar las propias y de ser oído y asistido por un abogado, escogido por él o en su defecto nombrado de oficio, respetando el derecho de recurrir las decisiones interlocutorias. La actuación debe adelantarse sin dilaciones injustificadas observando los términos procesales con diligencia y la plenitud de sus formalidades, con prevalencia del derecho sustancial.

Ahora bien, para la Sala difícilmente un proceso judicial que deba durar 20 días, puede garantizar la totalidad de los derechos enunciados, cuando se presentan circunstancias especiales tales como la recusación de uno o mas integrantes de la Sala en cuyo trámite deban parcticarse pruebas, actuación que consumiría la mayor parte de ese término, o cuando para garantizar el derecho de defensa, debe establecerse la autenticidad de documentos tachados de falsos.

A todo lo anterior, agrega la Sala, que diferir el trámite del conflicto jurídico planteado hasta cuando pueda aplicarse la ley especial de procedimiento que se llegare a expedir, tambien contravendría el precepto de la Constitución Política que ordena que la actuación judicial sea permanente, sin que hasta ahora se conozca normas que establezca la excepción a dicha permanencia para casos como el presente.

De conformidad con lo dicho, es evidente que la actuación no está afectada de nulidad a términos del numeral 4 del artículo 140 del C. de P.C., por la potísima razón de que el procedimeinto judicial especial anunciado en la ley 5a. de 1992, todavía no ha sido establecido y, la causal de nulidad referida, supone lo contrario.

Exigencias del artículo 298 de la ley 5a de 1992. La pérdida de la investidura puede ser solicitada por cualquier ciudadano, la Mesa Directiva de la respectiva Cámara del Congreso y la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con las previsiones de los artículos 184 y numeral 6 e inciso final del 277 de la Constitución Política.

Entonces, debe entenderse que las exigencias del artículo 298 de la ley 5a de 1992 atinentes a las "causales de pronunciamiento congresional", tienen aplicación cuando sea la Mesa Directiva de la respectiva Cámara la que deba formular la solicitud, pues el derecho conferido a la ciudadanía y la competencia atribuída a la Procuraduría, no pueden ser objeto de la reglamentación a que se refiere dicho artículo 298.

Presunta violación del derecho de defensa por parte de la Procuraduría.

Alega el demandado que la Procuraduría desconoció su derecho a la defensa al no darle oportunidad de hacer sus descargos. Al respecto observa la Sala que si la pérdida de la investidura de un Congresista se decreta en sentencia judicial proferida por el Consejo de Estado, previa solicitud de alguno de los titulares de la acción y, concretamente en la hipótesis de que sea la Procuraduría al ejercer la competencia de "Interponer las acciones que se consideren necesarias" a que se refiere el inciso final del artículo 277 de la Constitución, no se ve la razón para que dicha agencia estatal, antes de presentar la solicitud, deba formularle cargos al congresista en forma tal que este pueda defenderse ante ella. En tales condiciones el derecho de defensa se debe ejercer ante el juez que conoce de la acción.

Falta de seriedad en la solicitud de la Procuraduría. Desde luego, la solicitud inicial (fl. 254) no es un modelo digno de imitarse, por la forma perfunctoria como fue elaborada, pero sus errores fueron corregidos, como cualquier accionante lo puede hacer ante esta jurisdicción, dentro del término que otorga la ley.

El tema de fondo. está demostrado y no se discute, que el demandado fue elegido Representante a la Cámara para el período que terminará el 20 de julio de 1994 (fls. 238 y 400).

Igualmente se acreditó con el certificado de folio 220, que al señor Emilio Delfín Gómez Gaona, "representante legal" del Instituto de Capacitación de Bachillerato

INCABA, Instituto de Capacitación INCABA y Centro Comercial Avenida 19 se le pagó la suma de $290 millones por concepto de auxilios parlamentarios de la vigencia fiscal de 1991, de los cuales reintegró $5 millones por razones allí expresadas.

Obran en el expediente 15 de resoluciones expedidas por el Ministerio de Gobierno por medio de las cuales se ordena el pago de diferentes sumas de dinero, con cargo al presupuesto del Fondo de Desarrollo Comunal, Sección 1002 Programa 2101 y los correspondientes presupuestos de gastos de cada una de esas partidas que presentó el mencionado "Representante legal Tesorero" señor Emilio Delfín Gómez Gaona (fls. 181 a 219).

Alrededor de los planteles educativos mencionados su "representante legal" el señor Gómez Gaona, en su declaración (fls. 335 a 339) dio a entender que carecían de personería jurídica porque ni el Ministerio de Educación ni la Secretaría de Educación la expedían; además no obra en el expediente prueba alguna que acredite la personería jurídica, sino una certificación de la Secretaría de educación de Bogotá en el sentido de que **el propietario** de aquellos planteles es el mencionado Gómez Gaona (fl 344), caracter éste que él mismo dice tener (folios 336) cuando expresa que "como lo mencioné anteriormente al ser representante legal manifesto que soy el dueño de los Establecimientos Educativos..." y mas adelante precisa que "El Instituto de Capacitación Incaba lo adquirí en compra en agosto de 1986...".

De lo anterior se deduce claramente que no fue persona jurídica alguna la destinataria de los auxilios parlamentarios aludidos, sino la persona natural propietaria de los planteles educativos.

De otro lado se tiene que el programa 2101 correspondiente a la Sección 1002 y al Fondo de desarrollo comunal del Ministerio de Gobierno de la Ley 46 de 1990 sobre presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal de 1991, pertenece al rubro de **inversión** de ese presupuesto, de lo cual se infiere que la persona natural que recibió los auxilios parlamentarios debía **invertirlos** conforme a los presupuestos que ella misma presentó en orden a legalizar su entrega.

Se acreditó igualmente:

a) Que la cuenta corriente número 05387624306 del banco Industrial Colombiano tiene como titular al señor Emilio Delfín Gómez Gaona (fls. 3 a 30 del cuaderno número 3).

b) Que cuando su titular consignó allí un cheque por valor de $79 millones de los mencionados auxilios, el saldo estaba en rojo en cuantía de 507 mil y pico (fls. 11 cuaderno número 3 y 128 del cuaderno principal) y

c) Que sin efectuarse otra consignación en dicha cuenta, se cobró el cheque de $12 millones girado a Antonio Peña, que fue consignado en al cuenta del congresista.

Ahora bien, de la contestación que el demandado dio a la solicitud de la Procuraduría dentro del término de fijación en lista y de la declaración del señor Emilio Delfín Gómez Gaona (fls. 335 a 339), se establece sin lugar a duda que el primero realizó gestiones con el segundo, tendientes a conseguir la suma de $17 millones que necesitaba para pagar gastos de campañas políticas, en vista de que las partidas del presupuesto nacional con ese fin se demorarían, lo cual efectivamente logró.

"Gestionar" como lo dice el diccionario de la lengua española es "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera", que fue precisamente lo que el congresista demandado hizo con el señor Gómez Gaona.

La verificación de tales gestiones que configuran la segunda hipótesis establecida en el numeral 4 del artículo 180 de la Carta, revela a la Sala de estudiar si además, o en su lugar, se configuró un contrato de mutuo entre ambos, y las consecuencias de su presunto cumplimiento por el demandado, entre otras razones, porque aquella conclusión es determinante y suficiente para decidir este conflicto.

Entonces, se encuentra configurado el caso de la cuarta incompatibilidad establecida en el artículo 180 de la Constitución Política, según el cual los congresistas no pueden realizar gestiones con personas naturales que inviertan fondos públicos, conducta que está sancionada con la pérdida de la investidura por mandato del numeral 1o del artículo 183 ibídem.

No varía la anterior conclusión, el hecho de que la Procuraduría haya afirmado que las gestiones se adelantaron con una persona jurídica y no con una persona natural, como a la postre se estableció, pues la prohibición se predica indistintamente respecto a las gestiones que se adelantan con unas u otras. Dicen así el artículo 180 de la Carta:

> "Los congresistas no podrán:
>
> .....
>
> 4.- celebrar contratos o **realizar gestiones con personas naturales o jurídicas** de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúan la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones". (Subraya la Sala).

De tal forma, que ha tenido en cuenta la Sala que no se desmotró- lo cual por lo demás era imposible que el demandado hubiera gestionado con el Instituto de capacitación de bachillerato INCABA, por la potísima razón de que ello supondría que tuviera personería jurídica, atributo este del cual carece. Porque como bien lo anota el Ministerio Público, la "personalidad" de los mencionados planteles educativos es la misma de su propietario, ante quien sí gestionó el demandado.

La suspensión del proceso ya fue resuelta en su oportunidad por el Magistrado Ponente, la que de haber prosperado impediría pronuciar en este momento la presente sentencia, por lo cual no es procedente que la Sala se refiera al tema.

Sólo le resta a la Sala referirse a lo alegado por el impugnante, respecto de los temas a los que no se ha hecho consideración alguna anteriormente.

a) La Sala considera que quien presentó la solicitud fue la Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales en razón de que ella viene suscrita en papelería y con el sello de esa dependencia y no por la persona natural que desempeña ese cargo.

De otro lado, el cargo del Procurador Delegado es de creación constitucional, a quien el artículo 118 de la Carta le confiere, entre otras funciones, el ejercicio del Ministerio Público. A lo anterior se agrega que aunque la actuación ante las autoridades públicas estén amparadas por el postulado de la buena fe a la luz de lo preceptuado por el artículo 83 de la Constitución, ello no era óbice para que la parte demandada o el impugnante, pudiera tratar de demostrar lo contrario, en relación con las calidades de quien suscribió la solicitud.

b) Los artículos 75, 76, 77, y "s.s." del C. de P. C. no son aplicables en esta jurisdicción.

c) La Secretaría incorporó al expediente equivocadamente el documento que obra a folio 255A, pues, en realidad ese documento debió ser agregado antes de la notificación que obra a folio 260 y después del auto de folios 258 y 259, el cual además, fue proferido teniendo en cuenta únicamente la solicitud de folio 254.

Advierte la Sala, además que dicha falla es insustancial.

d) Aunque la providencia que concedió plazo para corregir la solicitud fue notificada personalmente al Procurador General de la Nación y este no confirió poder, ni presentó la solicitud, ni comisionó para este caso, tales circunstancias no configuran causal de nulidad alguna, porque ya se vio que el Ministerio Público puede ser ejercido igualmente por los procuradores delegados (artículos 118 y 277 de la Constitución Política).

e) El punto cuarto según el cual "se trata es de un préstamo personal, entre personas naturales, no de INCABA al Congresista", ya fue objeto de análisis y se encuentra refutado con lo expresado anteriormente.

f) Es cierto que las excepciones y las nulidades propuestas no se resolvieron en cuarderno separado, pero dicha situación es intrascedente, pues no está consagrada como causal de nulidad.

g) La circunstancia de que algunos Magistrados de la Corporación, se hubieran abstenido de tramitar solicitudes de pérdida de la investidura de congresistas, no es razón suficiente para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fuera la encargada de admitir la solicitud presentada por la Procuraduría.

h) Aquí no se está discutiendo si los auxilios del presupuesto nacional que recibió el señor Gómez Gaona son válidos o no, como para que pueda tener alguna incidencia el que la Procuraduría haya vigilado su trámite, si en realidad ello aconteció.

i) Finalmente, el asunto que resolvió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto del ex-alcalde de Bogotá, Doctor Caicedo Ferrer, no tienen relación con el caso *sub-exámine*, en el que no se estudia si la conducta del demandado está o no sancionada por el Código Penal.

En suma, con la competencia que le confiere la Constitución y la ley a esta Sala, siendo válido el proceso ordinario bajo el cual se tramitó la solicitud de la Procuraduría y, encontrándose demostrada la causal primera de pérdida de la investidura por violación del régimen de incompatibilidades, la referida solicitud debe prosperar.

Como es posible que el señor Emilio Delfín Gómez Gaona haya transgredido disposiciones penales, se ordenará compulsar copia de lo pertinente para que se investigue su conducta.

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:

DECRETASE la pérdida de la investidura de Congresista, del Representante a la Cámara LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES, identificado con la C.C. No. 2.981.228 de Cáqueza.

Compúlsense copias de lo pertinente con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue la conducta del señor Emilio Delfín Gómez Gaona.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Consejo Nacional Electoral, al Ministerio de Gobierno, al Registrador Nacional del Estado Civil y al Presidente de la Cámara de Representantes. Archívese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de febrero de 1994.

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

Nubia González Cerón, Secretaria.

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

En primer término el artículo 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 artículo 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 la 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 partícular en el término previsto por la Constitución y la Ley. Por su parte, la Ley 5a. de 1992 en el mismo artículo citado en 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". Es claro que mientras no exista el procedimiento penal el procedimiento penal especial no es posible tramitar la solicitud, por cuanto no se ha establecido la forma de cumplir lo ordenado por la C.N.

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

Salvamento de Voto: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. AC-535. Actor : Procuraduría General de la Nación.

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 artículo 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 partícular 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 condicones es claro que mientras no exista el procedimiento especial no es posible tramitar la solicitud, por cuanto no se ha establecido la forma de cúmplir 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.

CONGRESISTA-Inhabilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/VALORES CONSTITUCIONALES/**(Salvamento de Voto)

El fallo en todo su inverso, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional, y afirmo esto, porque la carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistema de positivación mixto, en el cual se recogen VALORES SUPERIORES DEL ORDEN JURÍDICO POLÍTICO 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. El universo que tiene la normatividad que se recoge en los artículos 179 a 187 de la Constitución resulta, en parte sustancial, INCONSTITUCIONAL, con lo cual me adhiero a la perspectiva jurídica que enseña que es posible encontrar normas constitucionales que violen la Constitución. 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...? El derecho no es norma y no es la ley que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia, intersubjetiva. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho 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.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. AC-535. Actor: Procuraduría General de la Nación.

Con toda la consideración que me merece la decisión mayoritaria de la Sala, registro a continuación las razones por las cuales no la hago mía.

El fallo, en todo su universo, le rinde culto a la normatividad constitucional. pero no al Derecho Constitucional y afirmo esto, porque la Carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistéma de positivación mixto, en el cual se recogen **VALORES SUPERIORES DEL ORDEN JURIDICO POLITICO CONSTI-TUCIONAL,** 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 ejercicios de los **Derechos Fundamentales,** lo mismo que los postulados que deben orientar los poderes públicos (artículos 1o. a 10o. de la Constitución Nacional).

Prosiguiendo con el estudio de la escala normativa. Viene luego **CLAUSULAS GENERALES,** que nos situan en el campo de un **GRUPO DE DERECHOS FUNDAMENTALES,** que se han positivado como 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 (artículos 14, 22 etc.).

Finalmente, encuentro en el citado estatuto **NORMAS DE TUTELA** que buscan garantizar los **DERECHOS FUNDAMENTALES** (artículo 86).

A la luz de la anterior jerarquía normativa encuentro 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 lo cual me adhiero 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. Peréz 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 las 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, me pergunto: **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 puede volver a ser congresista **"QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA..."?** Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangelico **Rothe** en 1869? ¿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? Acaso no será menester estudiar y definir a la luz de la lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese encargo compromete seriamente la labor del parlamentario? Será que éste no puede ser el administrador del edificio en que vive, o el Presidente de la Junta del Colegio, donde estudian sus hijos?

El proceso orientado a decretar la pérdida de la invetidura no puede convertirse en una cacería de brujas. Tampoco se puede manejar la ilusión de que montado sentencia de condena sobre contratos con una cuantía de Qunientos Mil Pesos ($500.000,oo), se va a moralizar el País. El derecho no es norma y no es ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Ello demanda del juez gran ponderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los **PREJUICIOS SUBLIMINALES.**

Me 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 parte de las veces entendemos sólo una observación de la ley y de la dogmática orientada hacía la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición 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 confieso nace del respeto que merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho me 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 información 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 y Janés, páginas 15 y s.s.).

Con toda consideración.

Julio César Uribe Acosta

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS/(Aclaración de Voto)

Comparto la decisión de la Sala y la apoyo en el sentido que debe decretarse la pérdida de investidura del Congresista Representante a la Cámara LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES, pero claro que no debió ser por la causal invocada y motivada en la providencia, o sea la del ordinal 1o. del artículo 183 de la C.N. por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sino por la prevista en el ordinal 4o. del mismo artículo, esto es, por indebida destinación de dineros públicos, pues considero que el congresista coparticipó con el representante legal del Instituto de Capacitación "INCABA" señor Emilio Delfín Gómez Gaona en la destinación indebida de dineros públicos recibidos por ese establecimiento educativo, por concepto de auxilios parlamentarios de la vigencia fiscal de 1991. Esta conducta está debidamente probada y debió ser la causal analizada por la Sala para tomar la decisión.

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

Aclaración de Voto: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-535. Actor: Procuraduría General de la Nación.

Comparto la decisión de la Sala y la apoyo en el sentido que debe decretarse la pérdida de Investidura del Congresista Representante a la Cámara LEOVIGILDO GUTIERREZ PUENTES pero aclaro que no debió ser por la causal invocada y

motivada en la providencia, o sea la del original 1o del artículo 183 de la C.N. por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sino por la prevista en el ordinal 4o. del mismo artículo, esto es, por indebida destinación de dineros públicos, pues considero que el Congresista coparticipó con el Representante Legal del Instituto de Capacitación "INCABA" señor Emilio Delfín Gómez Gaona en la destinación indebida de dinerospúblicos recibidos por ese establecimiento educativo, por concepto de Auxilios Parlamentarios de la vigencia Fiscal de 1991. Esta conducta está debidamente probada y debió ser la causal analizada por la Sala para tomar la decisión.

Atentamente,

Juan de Dios Montes Hernández.

Fecha: Ut Supra.

CONGRESISTAS/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/DEMANDA-Requisitos/**SENTENCIA PENAL**-Improcedencia /**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/REGIMEN DE INHABILIDADES**-Violación.

Decir que la copia de la sentencia penal en estos eventos se constituye en un presupuesto para la admisión de la demanda, porque la ley habla de "proceder" configura una limitada y restrictiva interpretación exegética o gramatical que no se compadece con la filosofía de la nueva carta constitucional, que quiere la prevalencia de lo sustancial sobre lo meramente formal o adjetivo. No corresponde al pensamiento mayoritario de la sala, existen una razón que por si sola impone la admisión de la demanda y la revocatoria del auto suplicado, cual es la alegación de la causal para la cual, no se discute la exigencia de la copia de la sentencia penal condenatoria.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. AC- 1417. Actora: Claudia Lucía Flórez Montoya.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto contra el auto de enero 20 de 1994 dictado por el señor consejero ponente Barreto Ruiz, mediante el cual se inadmitió la demanda de desinvestidura formulada por la ciudadana Claudia Lucía Flórez Montoya contra el H. Senador Germán Hernández Aguilera.

El señor consejero ponente, con apoyo en el informe secretarial que obra a folios 9 y que reza: "vencido el término fijado en el auto anterior sin que se haya cumplido lo allí exigido", expedidó el auto de rechazo de la demanda.

La exigencia se hizo en el auto de diciembre 7 y es del siguiente tenor:

> "En el presente caso la ciudadana CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA solicita se decrete la pérdida de la investidura del Senador GERMAN HERNANDEZ AGUILERA, por las presuntas causales de "gestión en beneficio de terceros" y "tráfico de influencias" (fl.1).
>
> Teniendo en cuenta que la segunda causal requiere para la procedibilidad de la acción que exista previa sentencia penal condenatoria y que la solicitante no acompañó copia de la respectiva providencia, se le concede un plazo de 5 días para que lo haga (artículos 296, parágrafo 2o. de la Ley 5 de 1992 y 143 del C.C.A.)".

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la sala al auto suplicado por la acciónante, con la coadyuvancia del señor procurador tercero delegado, deberá revocarse porque no comparte la decisión que tomó el señor consejero ponente, practicamente sin ninguna motivación. A menos que se entienda que las razones estan expuestas en el auto de trámite de diciembre 7, en el cual se califica como requisito de procebilidad de la acción la existencia de una previa sentencia penal condenatoria cuando se aduzca como causal de desinvestidura "la gestión en beneficio de terceros" y " el tráfico de influencias".

Pues bien, para la Sala el auto suplicado va mas allá del querer no solo de la constitución (art.183), sino de la misma ley 5a. de 1992 (art. 296, parágrafo 2o.).

En primer lugar, porque la norma constitucional citada al enunciar las causales 4 y 5 para la pérdida de la investidura. ("indebida destinación de dineros públicos" y "tráfico de influencias **debidamente comprobado**") no señaló implícita o explícitamente condiciones o requisitos para la admisión de las demandadas correspondientes; y el no hacerlo, limitó o restringió, de entrada, la competencia del legislador en este campo.

Y en segundo lugar, porque sólo una interpretación exegética y formal del par. 2° del art. 296 de la mencionada ley, permite concluir que la locución " para proceder en los ordinales 4 y 5 de este artículo " habrá que entenderla como creadora de un presupuesto procesal de la acción para la admisión de la demanda.

La interpretación racional y teleológica de la norma para la simple admisión de la demanda no puede ser esa, entre otras razones porque la ley estaría restringiendo o frenando así la aplicación de la norma constitucional; y porque la única exigencia de la

Constitución y de la misma ley está en que la causal resulte debidamente probada dentro del proceso de desinvestidura, **no desde antes y menos en otro proceso diferente.**

Si esa fuera la interpretación, la desinvestidura por las causales anotadas no requeriría proceso alguno, sino sólo que tan pronto la demanda fuera presentada con la copia de la sentencia penal, esta corporación, sin publicidad, sin controversión y lo que es peor, sin debido proceso, tendría que decretarla.

Siguiendo con el criterio finalista de interpretación, la exigencia que trae al par. 2° del art. 296 de la ley 5a (para **proceder** en los ordinales 4 y 5) **no puede entenderse para iniciar el proceso o para admitir la demanda, sino sólo para decretar una vez terminado el trámite del proceso.**

En otras palabras, lo que la ley dice es que no se podrá decretar la desinvestidura por una de estas causales si no se probó dentro del proceso, la existencia de la sentencia penal condenatoria correspondiente.

La exigencia constitucional de que el tráfico de influencias **esté debidamente comprobado**, se vincula así con la garantía del debido proceso; la cual, en sus desarrollos legales, impone que en todo proceso judicial, sin excepción, el período probatorio sea parte integrante del mismo, posterior a la admisión de la demanda y no apéndice o requisito previo; y que todas la pruebas, sin salvedad, tienen que ser públicas y controvertidas dentro del mismo proceso.

Ni siquiera la prueba sumaria, en los casos en que la ley expresamente la admita para definir evento previo, permite que la decisión final se tome sólo con base en la misma.

En estas condiciones y dejando para ello el estudio de la constitucionalidad o no del aludido parágrafo, por posible violación de los artículos 183 y 158 de la Carta, la exigencia de dicho parágrafo se parece mas bien a un presupuesto material de la sentencia de mérito o una restricción al principio de la libertad de medios probatorios contemplados en el sistema colombiano y en el moderno derecho procesal. Ese principio de la libertad de medios de convicción esta regulado en el artículo 175 del C. de P.C.

En suma de la anterior, decir que la copia de la sentencia penal en estos eventos se constituye en un presupuesto para la admisión de la demanda, porque la ley habla de "proceder", configura una limitada y restrictiva interpretación exegética o gramatical que no se compadece con la filosofía de la nueva carta constitucional, que quiere la prevalencia de lo sustancial sobre lo meramente formal o adjetivo.

Pero, además de lo que se deja expuesto, que dicho sea de paso no corresponde al pensamiento mayoritario de la sala, existe una razón que por si sola impone la admisión de la demanda y la revocatoria del auto suplicado, cual es la alegación de la

causal de desinvestidura contenida en el nl. 2 del art. 180 de la Carta, en armonía con el nl.1 del art. 183 *ibídem*. Causal para la cual, no se discute la exigencia de la copia de la sentencia penal condenatoria.

Por lo expuesto, la sala de acuerdo en un todo con su colaborador fiscal.

RESUELVE:

Revócase el auto de 20 de enero de 1994 dictado por el señor consejero Barreto Ruiz.

En su lugar. Admítase la demanda presentada por la ciudadana Claudia Lucía Flórez M., en la cual se pretende la desinvestidura del Senador doctor Germán Hernández Aguilera.

Notifíquese personalmente esta admisión al mencionado Senador y al Ministerio Público.

Fíjese en la lista por el término de cinco días para los efectos de ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión del día 22 de febrero de 1994.

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: A esta providencia en auto de 15 de abril de 1994 se resuelve: "Adiciónase el auto admisorio de 24 de febrero de 1994, así: Para efectos de la notificación a la parte demandada de dicho auto, la parte actora deberá aportar al proceso la copia de los dos casetes que adjuntó con la demanda para que le sean entregados a aquella en su oportunidad legal." además, el salvamento de voto de la Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF es el mismo suscrito con ocasión a la sentencia de febrero 23 de 1994, Exp. AC-1064.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/**DEMANDA**-Requisitos/**TRAFICO DE INFLUENCIAS**-Demostración/(Salvamento de Voto)

La Ley 5a. de 1992, se esté o no se esté de acuerdo con ella, se encuentra vigente y no aparece, de modo ostensible, que quebrante el espíritu ni los fines de la Constitución de 1991 al instituir la figura de la pérdida de la investidura del congresista en su artículo 184. Cuando la propia Constitución exige en el ordinal 5o. del artículo 183 que el tráfico de influencias ha de estar debidamente comprobado, está demarcando una exigencia previa. Si no fuera así, si bastara con la experiencia de una investigación por esa conducta en cualquier persona denunciara al congresista y que luego, valiéndose de otra, presentase la demanda de pérdida de investidura abriéndose el proceso respectivo, lo que constituiría un verdadero abuso del ejercicio de esta acción ciudadana de tanto significado en la vida institucional y democrática de la República, con el obvio desgaste de la jurisdicción.

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

Salvamento de Voto: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. AC-1417. Asuntos Constitucionales. Actora: Claudia Lucía Flórez Montoya.

Muy respetuosamente, el suscrito difiere de las motivaciones y de la resolución que acogió la ilustrada mayoría de la Sala por lo siguiente:

1- Formalmente hablado, toda demanda y los anexos que debe acompañar que se presente ante lo contencioso administrativo para iniciar un proceso ordinario, han de reunir unos requisitos señalados en los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo que, aunque no exigen una formulación estricta cuando se trate de libelos de índole popular o ciudadano- como ocurre en el caso *sub-lite*, deben ser cumplidas a fin de que puedan ser admitidas. Así, en algunos casos, se exige adjuntar las pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se hallen en poder del actor. En criterio del magistrado sustanciador a quien tocó en suerte por reparto el presente asunto, era pertinente aportar la prueba de que contra el senador Hernández Aguilera efectivamente se siguen "varias investigaciones, algunas medidas de aseguramiento", principalmente por gestionar en beneficio de terceros y por tráfico de influencias valiéndose de su carácter de senador. De allí que por auto de siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993) se dijera en Sala unitaria: "Teniendo en cuenta que la segunda causal requiere para la procedibilidad de la acción que exista previa sentencia penal condenatoria y que la solicitante no acompañó copia de la respectiva providencia, se le concede un plazo de 5 días para que lo haga (artículos 296, parágrafo 2o de la ley 5 de 1992 y 143 del C:C:A.)".

Fue apenas lógico, por lo tanto, que al no aportarse lo allí ordenado conforme al informe secretarial (fol. 9), se rechazará la demanda presentada por la ciudadana Claudia Lucía Flórez Montoya y se ordenase la devolución de los otros anexos sin necesidad de desglose. Fue contra ese proveído interpuesto el recurso de súplica que ahora se resolvía y, por lo tanto, a entender del suscrito, ameritaba su conformación por ceñirse a la lógica procedimental más estricta, rigor que se hace más exigente en un caso como este, cuya repercusión, al fallarse, será de una trascendencia suma.

2- La ley 5a. de 1992, se esté o no se esté de acuerdo con ella, se encuentra vigente y no aparece, de modo ostensible, que quebrante el espíritu ni los fines de la Constitución de 1991 al instituir la figura de la pérdida de la investidura del congresista en su artículo 184. Esa ley, en su artículo 296, parágrafo segundo, señala, al enunciar las causales 4a. y 5a. para que ocurrra ese fenómeno, que las mismas estén debidamente comprobadas, por lo que, en criterio del suscrito, es esa un acondición o requisito para la admisión de la demanda correspondiente. No se trata, piensa el autor de estas líneas, de una interpretación exegética y formal, sino de un verdadero presupuesto procesal para la acción y, por lo tanto, para la admisión de la demanda. Así lo entendió la mayoría de la Sala en dos casos anteriores que no es preciso recordar y señalar ahora. Cuando la propia Constitución exige en el ordinal 5 del art. 183 que el tráfico de influencias ha de estar **debidamente comprobado**, está demarcando una exigencia previa. Si no fuera así, si bastara con la existencia de una investigación por esa conducta que cualquier persona denunciara al congresista y que luego, valiéndose de otra, presentase la demanda de pérdida de investidura abriéndose el proceso respectivo, lo que constituiría un verdadero abuso del ejercicio de esta acción ciudadana de tanto significado en la vida institucional y democrática de la República, con el obvio desgaste de la jurisdicción.

3- No se trata, por ende, de una interpretación exegética y gramatical sino de una conclusión lógica respecto de los propósitos de la norma y de los fines que persigue. Además, es bien sabido que las palabras y sus giros han de entenderse como encamidadas a un fin.

Por lo anterior, cree el suscrito que no ha debido tener prosperidad el recurso ordinario decidido.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

PENSION MENSUAL VITALICIA/RECURSO DE SUPLICA/PENSION MILITAR/OSCILACION DE PENSIONES/SUSTITUCION PENSIONAL- Liquidación

Debe aceptarse que el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 creó una auténtica pensión periódica, sustituíble en su orden, en la persona de la viuda del militar fallecido, mientras no contraiga nupcias, o en la de sus hijos menores e hijas célibes, a prorrata. También la Ley 75, en su artículo 22 permite, como lo sostiene la jurisprudencia de la Sala Plena, afirmar que la sustitución pensional favor de los herederos se produce no sólo frente a los militares que fallecieren en acción de guerra o en actos militares que tuvieren 20 años de servicio y menos de 30, sino también frente a los herederos de los militares que ya hubiera dejado el servicio. La Sala estima que se dan los requisitos para sustitución pensional. Deberá decretarse una pensión mensual vitalicia a favor de la actora de conformidad con el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990, con una retroactividad de 4 años contados a partir de la fecha en que se interrumpió la prescripción de las mesadas con la presentación de la reclamación administrativa (artículo 99 de la Ley 126 de 1956). Para dar aplicación al principio de oscilación de pensiones consagrado en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, deberá tenerse en cuenta la suma que por concepto de pensión militar disfrutaba el causante, la cual deberá actualizarse de conformidad con las fluctuaciones que fueron presentándose en los sueldos de retiro en un miembro del ejército con grado de capitán.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. S-185. Actor: María Helena La Rotta Torres.

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primero de marzo de 1991 dictada por la Sección II de esta Corporación, mediante la cual se declaró la ocurrencia del silencio de la administración respecto de la solicitud formulada el 24 de junio de 1983 ante el Ministerio de Defensa Nacional y se denegaron las súplicas de la demanda.

LA SENTENCIA SUPLICADA Y LOS ANTECEDENTES

En la demanda presentada por la señorita María Helena La Rotta Torres se narraron, en síntesis:

1) Es hija legítima y única beneficiaria del capitán del ejército señor Buenaventura La Rotta G, fallecido el 28 de octubre de 1960.

2) Que el capitán La Rotta disfrutaba a su muerte de una pensión de retiro que le cancelaba el entonces Ministerio de Guerra, en la cuantía del fallo de la Corte Suprema de 29 de julio de 1929.

3) Que nació en Bogotá el 18 de noviembre de 1931 y aun permanece en estado de soltería, siendo la única beneficiaria de la sustitución pensional que pretende.

4) Que dependía económicamente de su padre, quien prestó sus servicios a la institución armada como miembro de las bandas de música del ejército por un lapso superior a los 28 años; razón por la cual, para efectos prestacionales, fue asimilado a capitán del mismo.

5) Que el oficial La Rotta contrajo matrimonio el 20 de agosto de 1910 y que enviudó en febrero 21 de 1952.

6) Que presentó solicitud de sustitución pensional el 24 de junio de 1983, sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda se le hubiera resuelto; habiéndose operado el silencio administrativo.

7) Que el tiempo de servicios del oficial La Rotta deberá liquidarse con sujeción a lo dispuesto en la sentencia de 9 de julio de 1929.

La demanda se fundamentó en los artículos 17, 30 y 169 de la Constitución; 2 de la Ley 107 de 1928, 114 de la Ley 126 de 1959; 13 de la Ley 102 de 1927; 22 de la Ley 75 de 1925; 141 del Decreto 3071 de 1968; 134 de Decreto 612 de 1977; y los Decretos Nos. 2733 de 1959, 219 de 1979, 51 de 1980, 203 de 1981, 106 de 1983 y el artículo 1o de la Ley 103 de 1912.

Cumplido el trámite correspondiente la sección II decidió en la forma idicada atrás. Para el efecto sostuvo:

"3.-Al reestudiar las normas respecto de la asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército, la Sala estima que debe rectificarse la jurisprudencia transcrita y retomar la anterior, expuesta entre otras, en sentencia de 25 de junio de 1959 (T.LXI bis) y 4 de mayo de 1962 (T.LXIV) en la última de las cuales se dijo:

""La asimilación de los músicos de las bandas del ejército a militares no quiere decir que el causante tenga un verdadero grado militar aprobado o reconocido, pues ésto sólo se logra merced al cumplimiento de las leyes y estatutos especiales que colocan al individuo dentro de la carrera militar. Dicha figura produce solamente efectos fiscales para el reconocimiento de las prestaciones sociales, las que por ser civiles, no se convierten en derechos herenciales a la muerte del causante, sino que siguen la regla general de extinguirse al ocurrir el deceso del beneficiario.""

"La Sala en esta oportunidad prohija esta jurisprudencia por las siguientes razones:

"a) La Ley 103 de 1912 (artículo 1o) dispuso que: " Los miembros de las bandas de música se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896 ". Esta Ley, "sobre recompesas y pensiones militares " prescribió en su artículo 5o. que, **las pensiones en cualquier caso son personales e intransmisibles.**

"b) La asimilación a militares que confirió la Ley 103 de 1912 a los miembros de las bandas de música no los convirtió en tales, sino que ratificó su condición de civiles, tanto es así, que como civiles pasaron en 1913 a depender del Ministerio de Instrucción Pública, en obedecimiento al Decreto 203 de ese año; sus herederos por lo tanto no puede reputarse "herederos de militares".

"c) El artículo 22 de la Ley 75 de 1925 no consagró una sustitución pensional sino una pensión especial para "herederos de militares", luego tal prestación sólo puede otorgarse a quien demuestre esta calidad."

"d) Sólo desde el año de 1961, en virtud de la Ley 171 se consagró para el sector público la sustitución pensional."

"4- En este orden de ideas, comprobado como está que el señor BUENAVENTURA LA ROTTA fue empleado civil y que su deceso ocurrió en 1960, debe concluirse que sus herederos no tienen derecho a la pensión reclamada, porque el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 sólo otorga ese derecho a los "herederos de militares" y porque no existiendo entonces una norma que permitira la sustitución, la reconocida a su padre se extinguió, como ya lo había dicho el Consejo de Estado en 1962, al momento de su fallecimiento."

Inconforme la parte actora con lo así decidido interpuso el recurso de súplica, por considerar que el fallo contraría las siguientes sentencias de la extinguida sala de negocios generales y de la sala plena:

a) Fallo de Sala Plena de 18 de febrero de 1981, demandante María Isabel Carrillo R. (Proceso 2111).

b) Fallo de la Sala de negocios generales de 28 de marzo de 1960. Anales 387-391 (beneficiarios del general Juan Francisco Posada).

c) Fallo de Sala Plena de 26 de octubre de 1990, demandante Isabel Ovalle vda. de S. (Proceso S-025).

Para resolver, se considera.

Hecha la confrontación entre la sentencia suplicada y los fallos enunciados, resulta que le asiste la razón a la suplicante, como pasa a explicarse:

La sentencia de la Sección Segunda parte del supuesto que la demandante no tiene derecho a la sustitución pensional de la pensión de su padre, el capitán Buenaventura La Rotta G, porque éste no fue militar, sino que sólo laboró como músico del ejército durante 28 años; y porque la asimilación que hizo la Ley 103 de 1912 y por la cual se le reputó militar, fue únicamente" para efectos de la Ley 141 de 1896."

Insiste la Sección Segunda que como esa asimilación no sólo no convirtió a los músicos en militares, sino que ratificó su condición de civiles y los hizo depender, como tales, del Ministerio de Instrucción Pública (Decreto 203 de 1912), no pueden sus herederos reputarse como herederos de los militares.

Agrega, así mismo, que el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 no consagró la sustitución pensional sino que sólo otorgó una pensión especial para herederos de militares; y que únicamente a partir de 1961 la Ley 171 consagró la sustitución pensional para todo el sector público.

En cambio, las sentencias citadas de Sala Plena aceptaron estos extremos que contradicen la posición de la Sección :

a) Que la sustitución pensional sí es posible en relación con los beneficiarios de un músico pensionado del ejército asimilado a militar.

b) Que esa asimilación no se hizo sólo para los efectos de la Ley 149 de 1896 por cuanto el derecho pedido con base en la Ley 75 de 1925 no había sido otorgada por aquella Ley (sentencia de 28 de marzo de 1960, Negocios Generales).

c) Que una es la prestación unitaria (auxilio de defunción) a que tienen derecho las viudas y los hijos menores de los asimilados a militares de que habla el artículo 20 de la Ley 75 de 1925 y que es prescriptible, y otra la que regula el artículo 22 de la misma,

que conforma una verdadera prestación periódica equivalente a una pensión, cuyo derecho, como tal, no prescribe (sentencia antecitada y fallo de 26 de octubre de 1990).

d) Que las normas aplicables para la liquidación de tales pensiones no son las vigentes en la fecha en que la pensión se causó, sino las que rigen al momento de la liquidación (sentencia de 18 de febrero de 1981, Sala Plena).

Para la sala hecha la confrontación entre el fallo recurrido y la jurisprudencia de la Sala Plena, se infiere, como se dijo, el desconocimiento de la jurisprudencia. Desconocimiento que impone la información del fallo suplicado y la expedición del fallo de instancia.

Para ello, se anota:

Aparece claro que el derecho reclamado por la actora se fundamenta en el artículo 22 de la ley 75 de 1925, en concordancia con otros estatutos y normas, como el artículo 1 de la Ley 103 de 1912 (que asimila los músicos de las bandas de música del ejército a los militares), 2 de la Ley 107 de 1928, 114 de la Ley 126 de 1959, 141 del Decreto 3071 de 1968 y Decretos 203 de 1981 y 106 de 1983.

En este orden de ideas debe aceptarse que el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 creó una auténtica pensión periódica, sustituíble en su orden, en la persona de la viuda del militar fallecido, mientras no contraiga nuevas nupcias, o en la de sus hijos menores e hijas célibes, a prorrata. Como también es claro que el artículo 20 de la misma ley consagra un auxilio por muerte, unitario, equivalente a la pensión de un año, que de pensión no tiene nada porque lo único que hizo la ley fue idear un mecanismo para liquidar el valor de una vez. En cambio, tal como lodice la jurisprudencia del 28 de mayo de 1960, el 22 sí crea una verdadera pensión imprescriptible y sustituíble. Derecho del cual no sólo era acreedor el militar que muriera en servicio activo sino sus herederos luego del fallecimiento del aquél.

También la ley 75, en su artículo 22, permite, como lo sostiene la jurisprudencia de Sala Plena, afirmar que la sustitución pensional a favor de los herederos se produce no sólo frente a los militares que fallecieren en acción de guerra o en actos militares y que tuvieren 20 años de servicio y menos de 30, sino también frente a los herederos de los militares que ya hubieren dejado el servicio (sentencia de 16 de febrero de 1979, expediente 10.300, Filomena Fernández vda. de D.).

Dada la fecha de fallecimiento del Capitán La Rotta, la sala estima que se dan los requisitos para la sustitución pensional, a saber, debidamente probados:

a) Que el señor Buenaventura La Rotta (músico asimilado a Capitán del Ejército) falleció en goce de pensión el 28 de octubre de 1960.

b) Que la peticionaria, señorita María Helena La Rotta T. es hija legítima del matrimonio La Rotta-Torres, celebrado el 20 de agosto de 1910 y que la cónyuge del señor La Rotta falleció en febrero 21 de 1952.

c) Que la señorita La Rotta es célibe y única beneficiaria de la sustitución pensional, nacida el 18 de noviembre de 1931.

Con estos supuestos, la Sala procede a estudiar lo concerniente a la cuantía de la prestación y a la manera como habrá de liquidarse.

En este punto la Sala reitera lo expuesto en su sentencia de 18 de febrero de 1981 y en la cual se adoptó la jurisprudencia de la Sección Segunda relativa al régimen jurídico aplicable para la liquidación de la condena en favor de los beneficios del militar fallecido, expuesta en las sentencias de 6 de septiember de 1979 y del 24 de julio de 1980. De estos fallos se toman los principales aspectos que se destacan y ratifican en la sentencia de esta misma Sala del 2 de octubre de 1991, dictada en cumplimiento del fallo de súplica de 26 de octubre de 1990 (Proceso S025 Isabel Ovalle Vda. de S. Ponente Doctor Libardo Rodríguez R.)

Dijo la Corporación ese 18 de febrero de 1981:

"Por ello para la liquidación de la pensión a que tienen derecho las actoras habrán de tenerse en cuenta las normas vigentes en la actualidad y no las que regían en la fecha de la muerte del causante..."

Y afirma la sentencia de 2 de octubre de 1991, en su desarrollo:

"De la aplicación del expresado principio al caso en estudio se tiene que en la actualidad se encuentran vigentes los artículos 169 y 195 del Decreto Ley 1211 de 1990 que contienen el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los cuale expresan lo siguiente:

"ARTICULO 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen a justes prestacionales en otros sectores de la administración pública a menos que así lo disponga expresamente la ley.

"PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

"ARTICULO 195. Muerte en goce de asignación de retiro o pensión. A la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual

pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares, equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante, distribuída en el orden y proporción establecida en este Estatuto.

"PARAGRAFO. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso el Oficial o Suboficial no hiciere vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados."

"En el caso de autos la accionante fundamenta su solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de jubilación equivalente al 95% del sueldo básico de un Mayor del Ejército, incluídos otros conceptos, basada en el hecho de que el señor Salcedo prestó servicios al Ejército Nacional durante un tiempo de 29 años, 11 meses y 20 días.

"Concordante con las normas transcritas, las cuales, se repite, son las actualmente vigentes, la Sala considera que no asiste razón a la parte actora en lo referente al porcentaje de la pensión reclamada, ni mucho menos en que para su liquidación deba tenerse en cuenta el tiempo de servicio, por la potísima razón de que el artículo 195 del Decreto Ley 1211 de 1990 determina de manera categórica que ella será el equivalente a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante.

"Además, si la pensión militar de que gozaba el señor Salcedo le fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de marzo de 1929, para su reconocimiento se debieron tener en cuenta necesariamente el tiempo de servicios y las demás partidas o factores que según la legislación vigente en aquel momento eran computables para establecerla, no resultando, por tanto, jurídicamente viable hacer tabla rasa de la decisión adoptada en tal providencia, como si se tratara de practicar, por primera vez, su liquidación."

"En consecuencia, la pensión de jubilación que se decretará en este fallo en favor de la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo será equivalente a la totalidad de la pensión militar de que gozaba el causante al momento de su muerte."

"Ahora bien, para efectos del pago de la pensión y como lo solicita la parte actora en la demanda, se deberá tener en cuenta el postulado de la oscilación de las pensiones y asignaciones de retiro, a que se refiere el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990 y la jurisprudencia.

"En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido reiteradamente que debido a la fluctuación de los sueldos de retiro, también deben serlo las prestaciones periódicas que representen la pensión para los beneficiarios del fallecido, tomando como base los sueldos de actividad de los miembros de la Institución Armada, los cuales serán aquéllos que en cada tiempo y para cada grado y arma indique el Legislador.

"En cuanto a este punto, la Sala acoge lo expuesto en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 16 de febrero de 1959, caso de Isabel Brigard vda. de Ortiz Borda, citada en sentencia de la misma Sala, de fecha marzo 28 de 1960. Consejero Ponente: doctor Guillermo González Charry, Anales del Consejo de Estado, año XXXV, Tomo LXII, 1958 a 1960, Nos. 387-391, págs, 659 a 668, en la cual se expresa:"

"Se pregunta ahora: ¿Son fijas las asignaciones de retiro? Es incuestionable que hoy no lo son. Y no lo eran tampoco cuando el Ministerio de Guerra se pronunció para reconocer por primera vez el derecho de la demandante, por medio de la Resolución número 358 de 8 de febrero de 1957. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2a. de 1945 manda que " A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior (las de retiro), no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes, tomando en todo el tiempo como base el sueldo de actividad vigente para todo grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos." Y posteriormente, el artículo octavo de la Ley 100 de 1946 estatuyó que "El reconocimiento de las asignaciones de retiro para los suboficiales de la Fuerzas Militares no se hará por cantidades fijas sino mediante porcentajes,tomando como base el sueldo de actividad correspondiente a cada grado, en froma tal que las asignaciones sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad y se paguen con relación directa a los mismos." Aun cuando este precepto no se refiere a Oficiales, la repetición casi textual del principio, sobre un derecho para gentes del mismo cuerpo, indica que se trata ya de una norma general. Y finalmente, el artículo 107 del Decreto 3220 de 1953 reprodujo lo dicho en el que se citó primeramente, cuando estableció que "Las asignaciones de retiro de que trata el presente estatuto, no se causarán por cantidades estables, sino en forma oscilante, tomando como base las fluctuaciones de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado."

"Las anteriores razones serían bastantes para estimar que, puesto que los sueldos de retiro son fluctuantes, también deben serlo las prestaciones periódicas que toman su cuantía de aquellos, puesto que, podría decirse que el efecto participa de la naturaleza de la causa.

Pero si ellas se estimaren deficientes o se achacare a un exceso de amplitud interpretativa la forma de liquidar el derecho de los beneficiarios, no podría formularse la misma tacha a la que resulta del texto claro y categórico del artículo 1o. de la Ley 81 de 1947 que dice así: "Las pensiones de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares fallecidos en goce de sueldo de retiro con anterioridad a la vigencia de las Leyes 2a. de 1945 y 100 de 1946 se reajustarán en todo tiempo con base en las asignaciones y porcentajes vigentes para los mismos grados de los oficiales y suboficiales en actividad." Lo que permite concluir no solamente en la fluctuabilidad de las pensiones de acuerdo

con la variación que vayan sufriendo los elementos fijos y variables de las asignaciones militares, sino, además, el derecho a que el reajuste que ello implica, se haga para los beneficios en todo tiempo, es decir, con motivo de cada oportunidad en que la ley modifique las mencionadas asignaciones."

"Establecida la oscilación de los sueldos de retiro y la obligación de reajustar de acuerdo con ellos, las sumas que representen la pensión para los beneficiarios del fallecido en ejercicio o vocación legal de aquel derecho, corresponde determinar la base actual para liquidarlo; y volvemos a tropezar con el artículo 107 del Decreto 3220 de 1953, antes transcrito, que la determina para la actualidad en forma inequívoca. Y si tal es la base primaria, la secundaria o consecuencial debe, como antes se dijo, apoyarse en los mismos principios, o lo que es lo mismo, la pensión del beneficiario debe reconocerse y pagarse atendido a la misma fluctuación del sieldo de retiro."

Finalmente y en vista de que en el presente asunto se dio el silencio administrativo, tal como se aceptó en la sentencia suplicada, en esta oportunidad de hará igual pronunciamiento, como fundamento de restablecimiento del derecho.

En síntesis, deberá decretarse una pensión mensual vitalicia a favor de la señorita María Elena La Rotta Torres, de conformidad con el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990, con una retroactividad de 4 años contados a partir de la fecha en que se interrumpió la prescripción de las mesadas con la presentación de la reclamación administrativa (artículo 99 Ley 126 de 1959) el día 24 de junio de 1983. En otras palabras el reconocimiento deberá hacerse a partir del 24 de junio de 1979.

Para dar aplicación al principio de la oscilación de pensiones consagrado en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, deberá tenerse en cuenta la suma que por concepto de pensión militar disfrutaba el señor Buenaventura La Rotta a la fecha de su muerte (28 de octubre de 1960), la cual deberá actualizarse de conformidad con las fluctuaciones que fueron presentándose en los sueldos de retiro de un miembro del ejército con grado de capitán.

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:

Infírmase la sentencia de marzo 1o. de 1991 dictada por la Sección Segunda de la Corporación, en el proceso 1702.

En su lugar, y como fallo de instancia, se decide:

Primero.- Declárase producido el silencio administrativo en que incurrió la administración por no haberle dado respuesta oportuna a la solicitud de sustitución pensional formulada por la señorita María Helena La Rotta Torres el 24 de junio de 1983.

Segundo.- Condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional - a reconocer y pagar a la mencionada señorita una pensión mensual vitalicia, a partir del 24 de junio de 1979, equivalente a la totalidad de la pensión de que gozaba el señor Buenaventura La Rotta a la fecha de su muerte (28 de octubre de 1960). Para dicho reconocimiento, deberá actualizarse la suma que por concepto de pensión militar disfrutaba el mencionado señor ese 28 de octubre de 1960, de acuerdo con las fluctuaciones periódicas que se presentaron en los sueldos de retiro de un capitán del ejército desde esta fecha y hasta que se haga el nuevo reconocimiento.

Tercero.- La sentencia deberá cumplirse con sujeción a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 8 de marzo de 1994.

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

Nubia González Cerón- Secretaria General.

PENSION MENSUAL VITALICIA-Consolidación/**SUSTITUCION PENSIONAL**-Liquidación/(Salvamento de Voto)

El derecho a la pensión mensual vitalicia que se le reconoce a la actora se consolidó en el momento de la muerte de su padre, quien había prestado sus servicios al Ejército Nacional, y gozaba de una asignación de retiro. Por lo tanto, las normas aplicables a dicho reconocimiento son vigentes a la fecha de su fallecimiento, ya que fue en esa oportunidad cuando se consolidó el derecho de la actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 2a. de 1945. La Pensión que corresponde a los parientes del oficial que fallezca en goce de sueldo de retiro equivalente a las dos terceras partes de la pensión que se trasmite; en dichos términos se ha debido reconocer la pensión y no como se hizo por el valor equivalente ala totalidad de la pensión que devengaba el servidor del ejército, dando aplicación al artículo 195 del Decreto Ley 2911 de 1990.

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

Salvamento de Voto: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: S-185. Recurso Extraordinario de súplica. Actor: María Helena La Rotta Torres.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria que antecede, en cuanto ordena el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia, reclamada por la actora, dando aplicación al Decreto Ley 2911 de 1990, artículo 195.

A mi juicio, el derecho a la pensión mensual vitalicia que se le reconoce a la actora se consolidó en el **momento de la muerte** de su padre, quien había prestado sus servicios al Ejército Nacional y gozaba de una asignación de retiro.

Por lo tanto, las normas aplicables a dicho reconocimiento son las vigentes a la fecha de su fallecimiento, ya que fue en esa oportunidad cuando se consolidó el derecho de la actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 2a. de 1945, según el cual:

> "A la muerte de un oficial en goce de sueldo de retiro, sus parientes en el orden y proporción establecidos en el artículo 48 de esta Ley, tienen derecho a una cantidad mensual pagadera por la Caja de Sueldos de Retiro, equivalente a **las dos terceras partes** de la asignación de retiro del causante".

Es clara la norma al disponer que la pensión que corresponde a los parientes del oficial que fallezca en goce de sueldo de retiro es equivalente a las **dos tereceras partes de la pensión** que se trasmite; en dichos términos se ha debido reconocer la pensión y no como se hizo por el valor equivalente a la **totalidad de la pensión** que devengaba el servidor del ejército, dando aplicación al artículo 195 del Decreto Ley 2911 de 1990.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha: **Ut Supra.**

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere el Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica/**TRANSITO DE LEGISLACION/INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/ACTO DE TRAMITE/ ACTO DEFINITIVO**

El recurso extraordinario de súplica se refiere a la contrariedad que haya de una jurisprudencia dictada en vigencia de una norma, sobre una materia dada, no la que se adopta cuando están vigentes otras reglas del derecho. Si las normas cambian, es apenas lógico que la manera de aplicarlas por medio de pronunciamientos jurisprudenciales, igualmente cambien.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. S-300. Recurso Extraordinario de Súplica contra la sentencia de 5 de marzo de 1993, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Actor y recurrente: Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda "CONCASA".

Se conoce del recurso extraordinario de súplica (arts. 130, primero y segundo incisos del C.C.A., art. 21 del Decreto-Ley 2304 de 1989) interpuesto por el apoderado judicial de la CORPORACION CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA "CONCASA" respecto al fallo de única instancia calendado a cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993) y dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta corporación, mediante el cual declaró probada

la excepción sustantiva de la demanda y, en consecuencia, declaróse inhibida para sentenciar en el fondo en el proceso incoado por dicho ente contra la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.

I. DE LAS MOTIVACIONES DEL FALLO RECURRIDO

1.1.-Por cuanto en la vía gubernativa fueron dictados tres actos - la resolución No. 00346 de 18 de mayo de 1990, la resolución No. 00571 de 27 de agosto del mismo año (proferidas por la Registradora de Instrumentos Públicos, Zona Centro de Bogotá) y la No. 4056 de 22 de julio de 1991, emanada de la Superintendencia de Notariado y Registro-, y por cuanto el demandante sólo impetró la nulidad de la primera y de la última, estima el fallador que ante la letra del artículo 138 del C.C.A., subrogado por el artículo 24 del decreto-ley 2304 de 1989, no puede entrar al análisis de fondo de lo que el libelo pretende.

1.2.- La norma invocada de oficio por la Sección Primera dice:

> "Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, **también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen**; pero si fue revocado, sólo procederá demandar la última decisión..." (subrayas fuera del texto).

II.- DE LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA SEGUN EL RECURRENTE

2.1.- La parte actora ahora recurrente sostiene que la sentencia inhibitoria calendada a cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993) se desentiende de la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena el doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) (Exp. S-047, actor, Misael Gutiérrez Espejo; consejero ponente, doctor Jorge Penen Deltieure) que reitera lo ya sentado por la misma Sala en proveído de diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), con ponencia del consejero doctor Samuel Buitrago Hurtado. En efecto, dice el apoderado judicial de "CONCASA", en aquella época, habiéndose dejado de demandar la resolución que agotaba la vía gubernativa, por ello la demanda resultó inepta; dicha resolución, la No. 001000-0005066 Bis del 31 de agosto de 1979, resolvía la **reposición** interpuesta contra la resolución No. 4027 de la presidencia de Telecom que había decretado la destitución del señor Misael Gutiérrez Espejo, agotando así la vía gubernativa.

2.2.- De allí, deduce el recurrente, que debe entenderse que ha de solicitarse la nulidad del primero y del último de los actos que integran la vía gubernativa y no el acto o los actos intermedios que haya, pues éstos no tienen como finalidad dar firmeza a la resolución inicial, sino apenas decidir sobre la reposición planteada; esa firmeza sólo la otorga el acto que agota la vía gubernativa. Por lo tanto, por este único aspecto, al exigir que se demande también el acto intermedio y no sólo los extremos, se quebranta, al

desconocerse la doctrina de la Sala Plena, pues está creando y exigiendo un elemento o requisito nuevo.

III. ANTECEDENTES

3.1.- Se pretendió por el actor en el caso *sub-lite* la nulidad de la resolución No.00346 de 18 de mayo de 1990, dictada por la Registradora de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá, Zona Central, que ordenó excluir las anotaciones 05 y 06 del folio de matrícula 050-0962788, y las anotaciones 04 y 05 del folio de matrícula 050-0962799, del de matricula 050-1032711 y las anotaciones 05 y 06 del folio 050-0962799, e igualmente, de la resolución No.4056 del Superintendente de Notariado y Registro, que confirmó **"las resoluciones Nos. 00346 y de 18-05-90 y 00571 de 27 de agosto de 1990, expedidas por la Oficina de registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro."** (se subraya), para que como consecuencia de ello y a título de restablecieminto del derecho, se disponga:

a)Que se incluya en los folios de matrícula mencionados, las anotaciones que fueron excluídas, correspondientes a la escritura pública No. 3405 del 19 de julio de 1988 de la Notaría 21 de Bogotá,que contiene la compraventa de Promotora Galerías Ltda. a Guillermo Cajamarca Castro e hipoteca de éste a la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda "Concasa".

b) Que se declare que la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá (Zona Centro) está obligada a efectuar las inscripciones vistas en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes.

Para el demandante, los actos acusados infringieron los arts. 59, 5o, 39, 40 y 1o. del Decreto 1250 de 1970. El concepto de la violación lo hace consistir en:

"1. Se violó el artículo 59 del Decreto 1250 de 1970, en cuanto las resoluciones demandadas desconocen arbitrariamente que la matrícula inmobiliaria está definida como un folio destinado a un bien determinado. En efecto, las matrículas inmobiliarias 050-0962788., 050-1032711 y 050-0962789, corresponden en su orden a los locales 1-139, 1-187 y 1-140 y es por lo tanto en dichos folios y solamente en ellos en donde la oficina de Registro está obligada a inscribir la compraventa contenida en las escrituras públicas 3405, 3404 y 3403 de 19 de julio de 1988 de la Notaría 21 de Bogotá, actos estos que corresponden a las anotaciones 05 y 06, 04 y 05 y 05y 06 respectivamente, que inexplicablemente han quedado excluídos, violándose en consecuencia el artículo 5o. *ibídem.*

"2. Se quebrantaron los artículos 39 y 40 *ibídem*, por cuanto los actos enjuiciados desconocen su contenido, pues revisada la actuación administrativa se tiene que no obra la plena prueba de la cancelación del título hipotecario de la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda "Concasa", ni mucho menos orden judicial en tal sentido, sino que los considerandos de la resolución 00346 apenas se menciona que la Oficina de Registro

formuló denuncia penal el 10 de mayo de 1990 ante el Juzgado 41 de Instrucción Criminal (reparto), e informó a la Superintendencia de Notariado y Registro para que se procediera a la investigación disciplinaria, pero ni una ni otra investigación han concluído ni se ha proferido fallo decretando la cancelación de tales registros.

"3. Se vulneró el artículo 1o. *ibídem* ya que de manera unilateral resolvió excluir las anotaciones con fundamento en que se presentaron irregularidades internas en el trámite, tales como la radicación, calificación, inscripción y constancia de registro, es decir, actuaciones todas a cargo de los funcionarios de dicha oficina, lo cual comporta culpa por parte de éstos, olvidando una regla universal de derecho según la cual nadie puede alegar su propia culpa."

3.2.- La actuación en el proceso en mención es narrada así en la sentencia ahora recurrida:

> "Mediante proveído de 9 de diciembre de 1991, se admitió la demanda, ordenándose la notificación personal a la Nación-Superintendencia de Nortariado y Registro- Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y al señor Guillermo Cajamarca Castro, los cuales no obstante haber sido notificados no contestaron la demanda.
>
> La Superintendencia de Notariado y Registro, a través de apoderado, hizo uso del derecho a alegar de conclusión, expresando que por irregularidades en el procedimiento registral, por la intromisión de la demandante y de funcionarios de la Oficina de Registro, sobre los cuales se adelanta una investigación penal, hubo de excluirse de los registros efectuados las anotaciones a que se refieren los actos acusados, con base en los artículos 22 a 27 del Decreto 1250 de 1970, sin que se hayan desconcidos los preceptos que cita la actora, lo que hace que no deban prosperar las pretensiones de la demanda."

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

ANALISIS DEL CARGO UNICO

Ha leído y releído la Sala la jurisprudencia que el recurrente estima contrariada y no halla que ella precise que no sea necesario demandar de nulidad el acto o los actos intermedios que han sido dictados en el decurso de la vía gubernativa. La providencia que se dice desconocida, de fecha **12 de diciembre de 1988,** se reitera - enseña, simplemente que habiendo la resolución No.001000-0005066 Bis del 31 de agosto de 1979, que decidió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No.4027 de la presidencia e Telecom, agotada la vía gubernativa confirmando ésta, debió asi mismo impetrar su nulidad, sin que esto se oponga a la necesidad de demandar, si los hay los otros actos intermedios.

Pero es más : para aquellos días aún no se había expedido el decreto-ley 2304 de 1989, ni muchos menos para el 10 de septiembre de 1982. Para esta última fecha se

hallaba vigente el Código Contencioso Administrativo contenido en la ley 167 de 1941; sólo era indispensable, para ocurrir en demanda ante lo contencioso administrativo, haber agotado la vía gubernativa "lo que se entenderá cuando los actos o providencias respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el art.77, o se han decidido, ya se trata de actos o providencias definitivas, o de trámite, si éstas últimas deciden directamente o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación"; de allí se deducía que no era necesario demandar los llamados actos de trámite, sino sólo en el evento indicado. Para aquella calenda -12 de diciembre de 1988- regía, en cuento al tópico el art. 138 del Código Contencioso Administrativo original contenido en el decreto-ley 1 de 1984, que a la letra decía: "Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión, **pudiéndose** indicar también los actos de trámite, o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa." De suerte, pues, que fuera apenas lógico que, por vía de jurisprudencia, esta Sala Plena explicase que era necesario demandar de nulidad tanto el acto inicial dictado en la vía gubernativa como el final que modificase o confirmase aquél.

En la actualidad la situación judicial ha cambiado. Hogaño rige el art. 24 del decreto-ley 2304 de 1989, sobrogatorio del 138 y que, en el inciso citado por la Sección Primera señala:

> "Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, **también deberán** demandarse las decisiones que lo modifiquen o **confirmen**; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión". (subrayas fuera del texto).

Como es apenas obvio, el recurso extraordinario de súplica se refiere a la contrariedad que haya de una jurisprudencia dictada en vigencia de una norma, sobre una materia dada, no la que se adopta cuando están vigentes otras reglas de derecho. Si las normas cambian, es apenas lógico que la manera de aplicarlas por medio de pronunciamientos jurisprudenciales, igualmente cambien.

Teniendo en cuenta, pues, lo anterior, el recurso extraordinario de súplica *in-exámine* carece de vocación de prosperidad.

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 SE INFIRMA LA SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1993 PROFERIDA POR LA SECCION PRIMERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL PROCESO INICIADO POR DEMANDA DE LA CORPORACION CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA "CONCASA" CONTRA LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y, EJECUTORIADO ESTE PROVEIDO, REMITASE EL EXPEDIENTE A LA SECCION DE SU ORIGEN CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día 8 de marzo de 1994.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren De La Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna. Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

TERMINOS PROCESALES- Cumplimiento/**DERECHO DE IGUALDAD PROCESAL/PETICION DE OPORTUNIDAD/PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL/DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES**

> **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 arts. 13 y 228 de la Constitución Política y por ello es deber de este Despacho en ejercicio de la facultad que le otorga el art. 4o. de la Carta, no darle aplicación.**

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. S-355. Actor: Alfonso Chávez Valero. Recurso Extraordinario de Súplica. Petición de oportunidad. Auto.

En memorial que antecede, la parte demandante presentó a consideración de la Corporación petición de oportunidad para lo cual expone:

1o.- Se tenga en cuenta el artículo 230 de la Constitución Nacional (sic) que instituye el principio de que los jueces en sus providencias sólo pueden estar sometidos al imperio de la ley.

2o.- Con el criterio de proteger la relación de trabajo, en apoyo de los artículo 2o. y 229 de la Constitución Nacional inaplique el artículo 136 Código Contencioso Administrativo porque pugna con el derecho de acceso a la administración de justicia.

Para resolver se considera:

1o. El Código de Procedimiento Civil (artículo 37 numeral 6o.) 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."

2o. El Decreto Extraordinario 1888 de 1989 consagró como falta contra la eficacia de la administración de justicia (artículo 9o literal h.) el incumplimiento de dicha obligación.

3o. El artículo 43 del 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.

4o. El artículo 13 de la Constitución Nacional establece como derecho fundamental la igualdad ante la ley y el 228 dispone que los término procesales deben observarse con diligencias y sancionada su incumplimiento.

5o. 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 puntualidad, 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 ni siquiera se cumplen los presupuestos exigidos por el artículo 43 del Decreto 2651 de 1991 para formular dicha petición de oportunidad en cuanto al vencimiento del témino para fallar el recurso extraordinario de súplica, puesto que, no existe disposición legal que regule o establezca dicho término.

RESUELVE:

DENIEGASE la petición de oportunidad formulada.

NOTIFIQUESE.

Guillermo Chahín Lizcano.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONGRESISTA-Incompatibilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EMPLEO**-Concepto/**CARGO**-Concepto/**EMPLEO PRIVADO**-Inexistencia/**JUNTA DIRECTIVA**-Miembro/**ENTIDAD PRIVADA**

Las denominaciones, cargo y empleo, tienen por lo menos dos connotaciones que son relevantes enfrente de la disposición constitucional en estudio; la primera, la de vínculo laboral; y la segunda la de dignidad, tarea o encargo. Entrantándose de la primera, estaremos en presencia de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, o de derecho público; y en lo que hace con la segunda, ante una persona que no tiene una relación laboral, pero que por la importancia o trascendencia de la dignidad o encargo que se le ha confiado verse abocada a tomar partido en una u otra dirección, y por ende, a comprometerse los intereses de ese ente u organismo, y eventualmente, los suyos propios. Aunque en el expediente no reposen los estatutos de la sociedad, es evidente que la junta directiva no tiene que reunirse de manera permanente, sino lo que hace es esporádica o periódicamente. Por consiguiente, es dable concluir que quienes la integran no desempeñan un cargo o empleo privado, sino que detectan una dignidad, tarea o encargo especial. El artículo 180-3 de la Constitución Política tal como quedó redactada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, señaló que los congresistas no podrán "ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos"; posteriormente, el Acto Legislativo No. 03 de 15 de diciembre de 1993, dispuso en el parágrafo 2o. del artículo 2o., que el numeral 3o. del artículo 180 de la Constitución,

quedará así: Numeral 3o... Ser miembros de Juntas o Consejos Directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos, la inhabilidad a que aludió el constituyente se refiere única y exclusivamente a la calidad de integrante de las juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos, la inhabilidad a que aludió el constituyente se refiere única y exclusivamente a la calidad de integrante de las Juntas o Consejos Directivos de Entidades descentralizadas de cualquier nivel, de carácter oficial: Ante una definición tan categórica del asunto, ya no es dable caer en confusión en esta materia cuando se trata de la Junta Directiva de una Entidad, Empresa o Sociedad particular o privada.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo veintidós (22) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. AC-1351. Actor: Ligia Flor Sánchez de Mendoza, (Solicitud de pérdida de la investidura como Congresista del Dr. Julio César Guerra Tulena, Representante a la Cámara).-

Corresponde a la Sala resolver sobre la solicitud de pérdida de investidura como Congresista del doctor Julio César Guerra Tulena, representante a la Cámara, formulada por la ciudadana Ligia Flor Sánchez de Mendoza, a través de apoderada judicial.

LA DEMANDA:

En el escrito respectivo (fls. 2-8), se pide que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución Nacional y previos los trámites legales, se declare lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar que el Congresista y Representante a la Cámara JULIO CESAR GUERRA TULENA, ha violado el Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Art. 180, numerales 1o. y 3o. (sic) de la Constitución Nacional".

"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, sírvase H. Consejo de Estado DECRETAR LA PERDIDA DE LA INVESTIDURA del Congresista JULIO CESAR GUERRA TULENA, actual Representante a la Cámara, conforme al artículo 183 numeral 11o. (sic) de la Constitución Nacional y quede inhabilitado para futuras incripciones en cuerpos colegiados."

En los hechos se dice que el 27 de octubre de 1991 se realizaron en el país votaciones populares para elegir Senadores, Representantes a la Cámara y Gobernadores; según los escrutinios adelantados por la Registraduría Departamental de Sucre, el ciudadano Julio César Guerra Tulena fue elegido Representante a la Cámara para el período comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994; el artículo 180 de la Carta Política establece la incompatibilidad para los Congresistas, entre otras, para desempeñar cargo o empleo privado y para ser miembros de Juntas de Entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos; que pese a ello, Julio César Guerra Tulena "o como se hace llamar en Cámara de Comercio de Sincelejo "JULIO GUERRA TULENA", viene desempeñando el cargo de Directivo Principal de la Sociedad Comercial CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A. "TOLCEMENTO"; dicha sociedad eligió nueva Junta Directiva en asamblea general ordinaria de accionistas del 26 de marzo de 1993 y fijó una asignación mensual de $130.000,oo para cada miembro de esa junta; el Congresista demandado continúa apareciendo como directivo principal; esas juntas "ejercen funciones administrativas relativas al manejo de personal, al aspecto financiero de la misma, a los asuntos comerciales y de mercadeo y de todas aquellas actividades tendientes a la realización del objeto de la sociedad, sus miembros son **funcionarios** elegidos por la Junta o Asamblea de socios de conformidad con los Estatutos y la Ley. Estos **funcionarios** directivos, tales como los denomina el Código de Comercio, mantienen una relación laboral con la sociedad hasta cuando, por vencimiento del período estatutario, sean reemplazados por personas elegidas para sustituirlos"; el demandado ocupará ese cargo directivo hasta 1995; se agrega, igualmente, que "**Los órganos en las Juntas directivas de las Sociedades Comerciales particulares, son Empleados Privados (asignación mensual de $130.000,oo que no pueden ser ejercidos por miembros del Congreso Nacional, por expresa prohibición del artículo 180 numeral 1o. (sic) de la Constitución Nacional.**"; Por lo anterior, entonces, el Congresista mencionado debe perder su investidura como tal, porque "ha desempeñado y **viene desempeñando el cargo y empleo privado,** con una asignación mensual de $130.000,oo, aprobado en Asamblea General Ordinaria de Accionistas y así aparece inscrito en la Cámara de Comercio de Sincelejo."

Acto seguido, la demanda se extiende en algunos razonamientos sobre la moralización de la actividad legislativa, y la seriedad y cumplimiento en la labor parlamentaria "**que garanticen el desempeño exclusivo al servicio de la Nación, sin la preocupación notoria por parte de un Congresista en actividades ajenas para la cual fueron elegidos por el pueblo, quien sufre las inclemencias y necesidades básicas, mientras un representante a la Cámara se dedica a ser miembro directivo de sociedades comerciales, con sueldo que lo único que incremente es su capital propio y el pueblo que soporte la ausencia en el parlamento y sus aportes en la solución de problemas populares.**"

Mas adelante, señala que "La representación popular conlleva un alto sentido de responsabilidad en una democracia como la nuestra, ahora con una más amplia

participación ciudadana que en años anteriores, pero inspirada siempre la función de Congresista en un espíritu de servicio público que demanda dedicación constante y solvencia moral absoluta. Ello implica que quien se desempeñe como Congresista no puede desempeñar otro cargo o empleo público o privado como en este caso lo hace el representante a la Cámara **GUERRA TULENA.**"

Luego, manifiesta que el Congresista Guerra Tulena incurrió en violación manifiesta y evidente del numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Política. De idéntico modo, invoca un concepto del 15 de mayo de 1992 de la Sala de Consulta y servicios Civil del Consejo de Estado, según el cual los miembros del Congreso **"NO PUEDEN SER MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE LAS SOCIEDADES EN QUE SEAN ACCIONISTAS, PORQUE ESOS DESTINOS SON CARGOS PRIVADOS Y DE OCUPARLOS,** incurrirán en la causal de incompatibilidad prevista en el art. 180 Numeral 12o. (sic) de la Constitución Nacional."

PARTE COADYUVANTE:

El ciudadano José Ignacio Vives Echeverría concurrió al proceso para constituirse en parte coadyuvante de la demanda, y en esa condición pidió las pruebas de que trata el memorial visible a folios 64 y 65 del expediente (Cuaderno principal), ratificado con el de folio 76.

CONTESTACION DE LA DEMANDA:

El Doctor Julio César Guerra Tulena contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones, a través de apoderado especial. (fls. 56-58; 69-70).

En su defensa, adujo que la demandante confunde el alcance del artículo 180, numerales 1 y 3, porque la **"incompatibilidad se refiere al desempeño de Juntas Directivas de Entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones públicas que administren tributos. Por lo demás quien sea miembro de una Junta Directiva no es empleado público o privado toda vez que no existiría allí vínculo de dependencia o de subordinación jurídica, indispensable en la relación laboral que determina la existencia de los empleados."**

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La parte demandada (fls. 121-127) presentó alegato de conclusión en el cual profundiza su concepto sobre la naturaleza del empleo público, del empleo privado y de las entidades descentralizadas; y reitera su petición para que se denieguen las pretensiones del libelo demandatorio.

De igual manera, presentó su alegato la Procuradora Octava Delegada ante esta Corporación. (Fls 133-140).

La parte actora lo hizo extemporáneamente. (Fls. 143-145).

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO:

La distinguida Colaboradora del Ministerio Público considera que deben denegarse las súplicas de la demanda, y en el núcleo central de su escrito sostiene lo siguiente:

"Según el Acto Legislativo No. 03 del 15 de diciembre de 1993, en su artículo 2o., parágrafo 2o., el numeral 3o. (sic) del artículo 180 de la Constitución Nacional, quedará así:

"NUMERAL TERCERO: Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos."

"El régimen de incompatibilidades consiste en prohibiciones para ejercer otras actividades simultaneamente (sic) con la investidura de Congresista, ya que la intención del Constituyente al establecerlo, fue la de su completa dedicación a la labor de legislar, evitar el tráfico de influencias y alejarlo de cualquier compromiso ante entidades públicas o privadas, estableciendo una sanción grave como es la pérdida de su investidura, en el caso que incurra en alguna de las causales señaladas en la norma precitada."

"En el proceso se encuentra acreditada, la calidad de Representante a la Cámara por la Circunscripción electoral de Sucre, del señor Guerra Tulena con el Acuerdo No. 08 del 23 de Noviembre de 1991, proferido por el H. Consejo Nacional Electoral, mediante el cual lo declaró electo para el período Constitucional 1991-1994, y el ejercicio de sus funciones como congresista con la certificación expedida por el Subsecretario General de la Cámara de Representantes (vistos folios 97, 108 a 119)."

"Igualmente se comprobó la constitución de la Sociedad **CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A. (TOLCEMENTO),** mediante la escritura pública No. 281 del 7 de agosto de 1994, otorgada en la notaría 1a. de Sincelejo (Sucre), registrada en la Cámara de Comercio de Sincelejo el 11 de agosto de 1964, con capital autorizado de $2.450.000.000,oo M/legal, y cuyo objeto social es "negociar en la industria minera en general, especialmente la de las calizas, las arcillas y el cemento en todas sus formas y etapas industriales y comerciales, con sus actividades negocios preparatorios, complementarios y accesorios." En la asamblea general de accionistas de la sociedad en mención, según acta No. 30 del 26 de marzo de 1993 se nombraron como miembros principales de la Junta Directiva a José Fernando Velásquez (sic) Ospina, Hans Smit Kinderman, Luis Fernando Ruiseco V. y Julio Guerra Tulena (Según certificación expedida por la Cámara de Cómercio (sic) de Sincelejo, vistos folios 9 al 12)."

"No se necesitan mayores disquisiciones jurídicas para concluir que no tiene ningún fundamento la parte actora para invocar la causal de incompatibilidad

establecida en el numeral 3o. (sic) del artículo 180 de la Carta, de acuerdo a los hechos que plantea y a las pruebas allegadas, como quiera que la Sociedad Anónima **"TOLCEMENTO"** de la cual es socio y miembro de su Junta Directiva el Representante Guerra Tulena, es una sociedad comercial sometida únicamente a las reglas de derecho privado, que tienen su origen en un contrato entre particulares, no es creada por la ley o autorizada por ésta, ni su patrimonio está constituído por fondos públicos ni administra tributos, que es lo que caracteriza las entidades oficiales descentralizadas "Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta". (Decreto 1050/68 y Decreto 3130/68)."

"Como lo expresa el apoderado de la parte demandada el parágrafo 2o del artículo 2o del Acto Legislativo 03 de 1993, precisó que las entidades descentralizadas a que se refiere el numeral 3o (sic) del artículo 180 de la Carta son "oficiales descentralizadas", lo que no da lugar a equívocos sobre la interpretación de la norma, para que se asimilen otra clase de sociedades a las señaladas en ésta."

"Ahora bien, la actora centra su acusación en que el Representante Guerra Tulena está incurso en la causal de inhabilidad establecida en el num.1o.(sic) del artículo 180 de la Carta, ya que éste desempeña empleo privado al ser miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Comercial Cales y Cemento de Toluviejo S.A., "TOLCEMENTO", con apoyo en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado de fecha 15 de mayo de 1992, del cual se aparta respetuosamente esta Delegada, porque a su juicio, considera contrario a lo que se expone en el concepto, que los miembros delas Juntas Directivas de las Sociedades Comerciales no mantienen una relación laboral con éstas, durante su período estatutario, por lo siguiente:"

"La actividad desplegada por los miembros de las Juntas Directivas de las Sociedades Comerciales, como órgano que son de dirección de las mismas, está orientada al desarrollo del objeto social, mediante el ejercicio de las funciones señaladas en el artículo 187 del Código de Comercio, pero dicha actividad de cada uno de sus miembros, no está regulada por el vínculo o contrato de trabajo de que habla el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, que sería el que ocasionaría el cargo privado."

"A juicio de este Despacho, si bien está acreditado que en la Asamblea General Ordinaria de Accionista (sic) de **CALES Y CEMENTOS TOLUVIEJO S.A. "TOLCEMENTO"**, de la fecha 26 de marzo de 1993, se fijaron para cada uno de los miembros de la Junta Directiva $130.000,oo por honorarios mensuales (Vistos folios (sic) 43), no se configura por este hecho vínculo laboral, porque dichos honorarios así sean periódicos no se han hecho bajo la modalidad de sueldo que conlleva liquidación de prestaciones sociales por parte del ente colectivo y

que son consecuencia de todo contrato de trabajo, sino por su asistencia a las juntas."

"De otro lado, la Junta Directiva no tiene a su cargo la representación legal de la sociedad, ésta como parte de la administración solo ordena que se ejecuten y celebren los actos por parte del representante legal comprendido dentro del objeto social para el funcionamiento de aquélla. No tiene subordinación permanente a la asamblea de accionistas que la eligió, sino debe someterse a lo dispuesto en los estatutos para el ejercicio de sus funciones. (art,438-440 C.Co.)".

"Además, estas funciones son ejercidas por los miembros de la Junta no individual o personalmente por cada uno de ellos, sino en forma conjunta o colegiada, pues las decisiones de dicho organismo se toman con el quórum o mayoría decisoria que señalen los estatutos, o en la forma que prevee (sic) el artículo 437 del Código del Cómercio (sic), tratándose de Sociedades Anónimas como es "Tolcemento"."

"En estas circunstancias, no puede predicarse tal como está prevista la causal de incompatibilidad que se ha venido estudiando, que el Representante Guerra Tulena haya desempeñado cargo o empleo privado simultaneamente (sic) con su investidura de Congresista por ser miembro de la Junta Directiva de Tolcemento S.A."

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

Pese a que el artículo 184 de la Constitución Política no contiene ninguna exigencia especial de carácter formal en cuanto a los requisitos que debe contener la solicitud ciudadana de pérdida de la investidura de un congresista, es obvio que para cumplir con los principios del debido proceso y del respeto al derecho de defensa del demandado, la Sala únicamente se ocupará de las causales contempladas en el artículo 180, numerales 1 y 3, que son las invocadas por la parte actora en su demanda.

Esto es, que no tendrá en cuenta otras razones que se pretende invocar en el alegato de conclusión, por lo demás, extemporáneo.

O sea, que los motivos de pérdida de la investidura como Congresista del Doctor Julio César Guerra Tulena que se esgrimen en la demanda, son dos:

1) desempeñar, simultáneamente con su investidura como Representante a la Cámara, un empleo privado en la sociedad comercial "CALES Y CEMENTO DE TOLUVIEJO S.A., "TOLCEMENTO".; y

2) Ser miembro de la Junta Directiva de dicha sociedad.

"Empleo", según el Direccionario de la Lengua Española, - real Academia Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992, es **"destino, ocupación, oficio"** (2a acepción); **"jerarquía o categoría personal"** (3a. acepción); y **"cargo"** es **"dignidad, empleo, oficio"** (10a. acepción).

A su turno, la definición jurídica de "**empleo**" es la de "ocupación, actividad; trabajo, oficio; puesto o destino"; y la de "**empleo privado**", la de "**realización de un trabajo permanente bajo dependencia de un particular**"./ Por antonomasia, dentro de ese nexo laboral, desempeño de tarea administrativa o de dirección delegada por un empresario./ Puesto burocrático en despacho, oficina, establecimiento industrial o mercantil, de carácter lucrativo o sin objetivos económicos; pero en esfera que no sea la Administración Pública en ninguna de sus categorías, de la nacional a la municipal". (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Guillermo Cabanellas; tomo III; E-I Editorial Heliasta; Buenos Aires; 1979; revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo).

Así mismo, "cargo" es, jurídicamente, "responsabilidad que se atribuye a alguien"/ **Dignidad, empleo u oficio que confiere la facultad de ejercer determinada función pública y la de percibir, en su caso, ciertos derechos.**" (Guillermo Cabanellas; obra citada, tomo II; C-D).

Otros autores como Joaquín Escriche y Eduardo J. Couture definen de manera similar estos dos vocablos, en sus respectivos diccionarios.

Esto significa, entonces, que ambas denominaciones, cargo y empleo, tienen por lo menos dos connotaciones que son revelantes enfrente de la disposición constitucional en estudio; la primera, la de vínculo laboral; y la segunda, la de dignidad, tarea o encargo.

En tratándose de la primera, estaremos en presencia de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, o de derecho público; y en lo que hace con la segunda, ante una persona que no tiene una relación laboral, pero que por la importancia o trascendencia de la dignidad o encargo que se le ha confiado podría verse abocada a tomar partido en una u otra dirección; y por ende, a comprometer los intereses de ese ente u organismo, y eventualmente, los suyos propios.

Del texto de la Carta parece derivarse la interpretación de que ningún congresista puede detentar, simultáneamente con esa investidura, una relación contractual laboral con empleadores privados o públicos; ni una relación de derecho público distinta con un organismo oficial.

Sin embargo, podría tener una dignidad, tarea o encargo con entes del sector privado, en tanto no se vea afectada su tarea como congresista, ni comprometida su responsabilidad enfrente del pueblo que lo eligió, por manera que pudiese terminar defendiendo o representado, al mismo tiempo, intereses privados y los públicos propios de su calidad de vocero popular.

Es indispensable, por ello, analizar si en el presente caso el Congresista Guerra Tulena mantuvo esa doble condición dentro de límites razonables y permisibles; o si por el contrario, incumplió sus deberes y traspasó las barreras éticas que le señalaba su investidura, para convertirse, simple y llanamente, en un representante de intereses privados, en detrimento del mandato recibido de sus electores.

En lo que hace esa imputación, debe precisarse que el Código Sustantivo del Trabajo establece la presunción de que existe un contrato de trabajo (art. 23;subrogado por el 1o. de la Ley 50 de 1990) cuando se dan tres (3) elementos básicos, a saber:

"a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) **La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes,** en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que efectue el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y

c) Un salario como retribución del servicio". (Se subraya)

Dentro de esta perspectiva, es evidente que el elemento clave para identificar una relación laboral que a su vez engendra un contrato de trabajo es el de la **"continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador"**, la cual, en oponión de tratadistas como Mario de la Cueva, **"es un poder de disposición de la energía de trabajo, lo que quiere decir que la esencia de la relación de trabajo estriba en que el patrono se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros, según convenga a los fines de la empresa."**

En el evento de autos no existe ninguna prueba que indique siquiera la posibilidad de que el demandado, doctor Julio César Guerra Tulena, haya celebrado un contrato de trabajo con la empresa "CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A.,"TOLCEMENTO"; es decir, que haya puesto su fuerza de trabajo bajo el mando y disposición de los directivos de la misma. Por el contrario, sí está acreditado que formaba parte de la Junta Directiva de la sociedad el 26 de marzo de 1993, cuando se realizó la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, según el texto del acta respectiva, visible de folios 13 a 47 del expediente (Cuaderno principal), y que dentro de ésta fue reelegido para ese encargo.

Esto es, no sólo no tenía en ese momento la calidad de trabajador o empleado de la sociedad, sino que por el contrario, le competía entre otras funciones la de señalar las políticas laborales aplicables al personal de la empresa.

Por tanto, es indispensable analizar si el hecho de ser miembro de la junta directiva de una empresa privada implica ocupar un cargo o empleo privado, al tenor de lo previsto en el artículo 180, numeral 1, de la Carta Fundamental.

En la sociedad mencionada, según la copia del certificado de la Cámara de Comercio de Sincelejo que obra de folios 9 a 12 del expediente principal, los órganos de dirección y administración son asamblea general de accionistas, la junta directiva y la gerencia. A la junta directiva le corresponde, entre otras funciones, la de aprobar **"la nómina general de trabajadores de la sociedad, con la correspondiente tabla de asignaciones"**; igualmente, nombrar o remover algunos empleados; y autorizar los actos o contratos cuya cuantía exceda de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales; sin embargo, esta facultad la puede delegar en la gerencia, para compra de materias primas, elementos de consumo, repuestos, partes de maquinaria, etc.

De lo anterior se desprende, entonces, que la junta directiva de la sociedad "CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A., "TOLCEMENTO", en realidad imparte las políticas generales de la empresa en todos los órdenes, pero ni siquiera maneja con exclusividad la mayoría de sus funciones, sino que puede delegarlas o compartirlas con la gerencia, que sí tiene un carácter ejecutivo y ostenta la representación legal de aquélla.

Aunque en el expediente no reposan los estatutos de la sociedad, es evidente que la junta directiva no tiene que reunirse de manera permanente para cumplir las funciones antes enunciadas, sino que no lo hace esporádica o periódicamente. Por consiguiente, es dable concluir que quienes la integran no desempeñan un cargo o empleo privado, sino que detentan una dignidad, tarea o encargo especial.

Ahora bien; ni en la demanda ni en escritos posteriores se ha planteado que el Congresista Guerra Tulena haya utilizado su investidura como tal para favorecer los negocios o actividades de la sociedad citada, que en últimas de cuentas, es una de las razones evidentes que tuvo el Constituyente de 1991 para establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos que tienen asiento en el Congreso de la República.

Por otra parte, la circunstancia de que en la asamblea general del 26 de marzo de 1993 se le hayan asignado unos honorarios o emolumentos fijos a los miembros de la junta directiva por el cumplimiento de sus funciones, en cuantía de $130.000,oo mensuales, tampoco genera ningún tipo de relación contractual laboral con la empresa; se trata simplemente, de una retribución o compensación habitual en toda clase de juntas o consejos directivos; mas no de un estipendio que tenga el carácter de salario, en los términos en que lo concibe la legislación laboral.

Así las cosas, corresponden examinar el segundo cargo que se le formula al demandado, en el sentido de ser miembro de una junta directiva.

El artículo 180, numeral 3, de la Constitución Política, tal como quedó redactado por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, señaló que los congresistas no podrán **"ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos"**; posteriormente, el Acto Legislativo No. 03 del 15 de diciembre de 1993, dispuso en el Parágrafo 2o. del artículo 2o., que **"El numeral 3o. (sic) del art. 180 de la Constitución, quedará así: Numeral 3o. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos".** (Se subraya).

Esta redacción, entonces, despejó las dudas que pudiesen surgir en cuanto al sentido de la norma, para dejar plenamente sentado que la inhabilidad a que aludió el contribuyente se refiere única y exclusivamente a la calidad de integrante de las juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel, de carácter **"oficial"**. Ante una definición tan categórica del asunto, ya no es dable caer en confusión en esta materia cuando se trata de la junta directiva de una entidad, empresa o sociedad **"particular o privada"**.

Ahora bien, como la sociedad "CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A., "TOLCEMENTO", no tiene la naturaleza de una entidad descentralizada u oficial descentralizada (como lo prevé la disposición constitucional), ni administra tributos de ninguna clase, es de una claridad meridiana que no se configura tampoco la causal contemplada en el artículo 180, numeral 3o., de la Carta Constitucional, como idónea para decretar la pérdida de la investidura congresional.

En ese orden de ideas, deberán denegarse las peticiones de la demanda.

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 se decreta la pérdida de la investidura que como Congresista ostenta el Representante a la Cámara, Doctor Julio César Guerra Tulena, solicitada por la ciudadana Ligia Flor Sánchez de Mendoza y coadyuvada por el ciudadano José Ignacio Vives Echeverría.

Cópiese, notifíquese y publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su reunión del día 22 de marzo de 1994.

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

Nubia González Cerón, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en sentencia de 27 de abril de 1994, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, Exp. AC-929.

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

El artículo 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 artículo 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 artículo304 de la Ley 5a. de 1992 atribuyó la competencia en mención al Consejo en pleno. En tales condiciones en el presente caso debía conocer el 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 investudura 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 artículo 304 de la Ley 5a. de 1992. Pero, se observa, no hay procedimeinto ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el particular en el témino 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.

Salvamento de Voto: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. AC-1351. Actor: Ligia Flor Sánchez de Mendoza.

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

En primer término, el artículo 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 artículo 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 artículo 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 procemiento ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el particular en el témino 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*

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONFLICTO DE INTERESES**-Inexistencia

Proyectos como el de la reforma tributaria podía afectar y de hecho debió "afectar de alguna manera" a todos los Congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado. Encuentra la Sala que no obstante pesar sobre el Senador acusado la obligación general del artículo 182 de la Constitución, el hecho de no poner en conocimiento de la Corporación su condición de socio de compañías constructoras, no justifica imponerle la sanción de pérdida de investidura por las razones que se dejaron expuestas anteriormente y en especial y en razón de que la materia tributaria que se trataba, afectaba real o potencialmente a todos los Congresistas y la exoneración del impuesto de timbre para las escrituras de hipoteca en el que intervino, cobijaba por igual y de manera general todos los instrumentos otorgados en el país, sin que el Senador acusado se hubiera colocado en una situación de privilegio o provecho económico personal.

Consejo de Estado.-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-1276. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez. Asuntos Constitucionales Fallo.

Procede la Sala a decidir la solicitud de pérdida de investidura del Senador de la República Doctor JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES presentada por el ciudadano FERNANDO LUIS MARTINEZ MENDEZ ante esta corporación el 4 de octubre de 1993, con apoyo en lo dispuesto por los artículos 182, 183 numeral 1o. y 184 de la Constitución Política y los artículos 286 a 295 de la Ley 5a. de 1992.

LA SOLICITUD

La única causal invocada es **la violación del régimen de conflicto de intereses** y la sustenta en los siguientes hechos y consideraciones:

1. El doctor José Libardo Blackburn Cortés c.c. 17.170.909 fue elegido como Senador en las elecciones del 27 de octubre de 1991 para el período que terminará el 19 de julio de 1994.

2. El Senador Blackburn es reconocido constructor, actividad que ejerce a través de dos sociedades familiares en la que es socio mayoritario: INURBE LTDA. e INVERSIONES SAUSALITO LTDA. La primera de las cuales tiene por objeto además de las relacionadas con la proyección y ejecución de obras de ingeniería de toda índole la de "todo tipo de negocios de finca raíz en general" y la segunda, además de planeación, compra y venta de urbanizaciones, lotes, casas, etc. "el desarrollo de toda clase de actividades relacionadas con la propiedad raíz". Inurbe Ltda., se fundó en agosto 25 de 1971 y Sausalito en abril de 1978.

3. El Senador Blackburn intervino activamente en la discusión y aprobación del Proyecto de Ley 71 Senado 1992 (Proyecto No.20 Cámara 92) "por el cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones", que se convirtió en **LEY 6 DE 1992,** especialmente con relación a su artículo 36 relativo al impuesto de timbre con que se grava la constitución y la cancelación de las hipotecas sobre inmueble, mediante escritura pública.

4. El Senador Blackburn no puso en conocimiento del Senado "la situación de carácter moral o económico que lo inhibe para participar en el trámite de la reforma tributaria de 1992 tal como lo establece el artículo 182 de la Constitución Política, y dado el carácter de constructor a través de las mencionadas sociedades familiares".

El denunciante expone como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** los siguientes razonamientos:

Tras copiar el artículo 182 de la Carta dice que según consta en el Acta No.48 de la plenaria del Senado del 18 de junio de 1991 el citado Senador intervino para que ni

las hipotecas ni las cancelaciones de las mismas constituídas sobre inmuebles fueran a quedar gravadas con el Impuesto de Timbre previsto en el artículo 36, sugerencia que hizo para evitar que aquéllas como instrumentos públicos quedaran afectadas con el impuesto y transcribió apartes de la exposición del Senador que para un mejor entendimiento se transcribirá más adelante.

El denunciante concluye que como consecuencia de la intervención del Senador Blackburn se modificó el artículo del proyecto agregándole al segundo inciso, que establecía la exoneración del impuesto cuando se tratase de enajenación de bienes inmuebles o naves, la exoneración cuando se tratase de constitución o cancelación de hipotecas sobre los mismos.

Significa lo anterior que no sólo no puso en conocimiento de la respectiva Cámara las circunstancias a que se refiere el artículo 182 de la Constitución. "sino que a pesar de ellas intervino en la modificación del proyecto que afectaba los intereses de las sociedades familiares indicadas, obteniendo la modificación del artículo con la incorporación de exenciones adicionales a las previstas "e igualmente participó en la votación correspondiente".

Recuerda que el Constituyente de 1991 implantó el régimen de conflicto de intereses para que la administración fuera un ejemplo de transparencia y pulcritud para evitar que el poder otorgado transitoriamente por el Estado al funcionario le sirviera para su propio beneficio y no para el bien común. Se apoya además en algunas de las consideraciones que tuvo la subcomisión (integrada por los Constituyentes Alfonso Palacio Rudas, Hernando Yepes Arcila, Alvaro Echeverry U, Rosemberg Pabón, Antonio Galán S, Arturo Mejía Borda y Luis Guillermo Nieto) para la elaboración del articulado del proyecto del llamado Estatuto del Congresista del cual transcribe algunos apartes.

OPOSICION A LA SOLICITUD

De los hechos expuestos por el peticionario, fundamentalmente el Senador acusado, niega los siguientes: el calificativo que le da de empresario de la construcción, por cuanto dice dedicar su actividad profesional al ejercicio de las funciones que le corresponden como Senador de la República. Aunque reconoce ser propietario de unas cuotas de interés social en las sociedades mercantiles Inurbe Ltda, e Inversiones Sausalito Ltda, son éstas las que desarrollan la actividad constructora con plena autonomía y con absoluta independencia de sus socios; este hecho por sí solo no lo convierte en empresario de la construcción.

Tampoco acepta el sentido que el denunciante le da a su intervención en la discusión de la Ley 6a., en la cual actuó con pleno convencimiento de estar ejerciendo las funciones que le corresponden como Senador, "emitiendo conceptos tendientes a evitar la creación de nuevos impuestos a cargo de todas las personas, naturales y

jurídicas que realicen actos de adquisición o enajenación de los inmuebles, o hipotecas o de cancelación de las mismas, las cuales considero suficientemente gravados en las circunstancias actuales " (sic).

Por todo ello considera que no estuvo obligado a declararse impedido para actuar puesto que no existió ninguna situación de carácter moral o económico que le impidiera participar en el trámite legislativo de la reforma tributaria de 1992.

Sintéticamente expone como razón contraria a la del denunciante la de que la posición de éste llevaría a la desafortunada conclusión de que ningún Congresista podría oponerse o participar en las propuestas que sobre la materia tributaria propusiera el Gobierno al Congreso. No habría forma de aprobar las reformas propuestas pues "todos los Congresistas podríamos declararnos impedidos para participar en el trámite con fundamento en el hecho de que los impuestos de carácter general siempre afectan directa o indirectamente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad de la cual los congresistas también hacemos parte".

No admiten comparación de su caso con el del Senador Jorge Hernández Restrepo quien se abstuvo de votar artículos sobre el impuesto del IVA que contemplaban la exoneración de "servicios de publicidad, radio, prensa y televisión" en consideración a que podría beneficiar entre otros, a un grupo económico específico de empresarios comerciales y no a la comunidad en general, como es el que se refiere a la adquisición de vivienda o enajenación de inmuebles, constitución de hipotecas, "actos que suelen ser realizados por cualquier persona sin que para ello tenga que hacer parte de un grupo económico específico".

LA IMPUGNACION

El Doctor Ignacio Vives E. en su condición de **impugnante** planteó una nulidad procesal con invocación de las causales consagradas en los numerales 2, 4, 6 y 7 del artículo 140 del C.P.C. (falta de competencia, trámite diferente, omisión de términos probatorios y otros), nulidad que no fue aceptada por auto del 13 de enero de 1994.

PRUEBAS RECAUDADAS

Por iniciativa y petición del denunciante y del Ministerio Público obran en el expediente las pruebas que se mencionarán a continuación resaltando las circunstancias mas relevantes que interesan para la decisión que corresponda.

1. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad comercial INURBE LTDA, matrícula 056137 expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 11 de octubre de 1993. Consta en él que fue constituida el 25 de agosto de 1971 y tiene término de duración hasta el 31 de diciembre de 1999. Su objeto principal es proyectar, ejecutar, administrar y supervisar obras de ingeniería de toda índole así como todo tipo de negocios de finca raíz en general. Capital $1.000.000 dividido en 10 cuotas con valor nominal de $100.000 cada una distribuido entre José Libardo Blackburn

Cortés con 6 cuotas (60%) y una de cada una de las cuatro restantes entre Consuelo Cárdenas de Blackburn, Andrés Felipe Backburn, María Carolina Blackburn y María Viviana Blackburn. Por acta inscrita el 20 de septiembre de 1993 fue designado como Gerente Miguel Eduardo Fajardo Ortiz y por acta inscrita el 2 de julio nombrados Primer Suplente Carolina Blackburn C. y como Segundo Andrés Felipe Blackburn dirección: Carrera 16 No. 98-05 (fls. 102-103 originales).

2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad INVERSIONES SAUSALITO LTDA. Matrícula 102318 constituida el 13 de abril de 1978 con varias reformas y tiempo de duración hasta el año 2003, objeto social; planeación, ejecución compra y venta de urbanizaciones, lotes, casas, edificios, conjuntos residenciales y en general el desarrollo de toda clase de actividades relacionadas con la propiedad raíz y el ejercicio de las profesiones de ingeniería y arquitectura en sus diversas especialidades. Capital $100.000.000 distribuido por partes iguales (50%-50%) entre José Libardo Blackburn Cortés y la sociedad Inurbe Ltda. Por actas inscritas el 4 de junio y 2 de agosto fueron nombrados Gerente Jaime Abizambra y Suplente Andrés Felipe Blackburn C. Revisor Fiscal Víctor Manuel Sandoval M.- Direccción Carrera 16 No. 98-05 (visible a folios 104 a 106).

3. A folios 108-118 fotocopia autenticada de la Resolución 121 de noviembre 25 de 1991 del Consejo Nacional Electoral en donde se declara la elección de Senadores del 27 de octubre de 1991 en la cual figura el Doctor José Blackburn como elegido por Partido Liberal Colombiano.

Complementa lo anterior la fotocopia autenticada del comunicado del Secretario General del Senado a la Secretaría General del Consejo de Estado de septiembre 21 de 1993, según el cual"... tomó el juramento de rigor como Senador de la República el día 1o. de diciembre de 1991 y actualmente se encuentra en ejercicio de sus funciones".

Así mismo, a folio 166 obra Certificación original del Secretario General del Senado sobre los siguientes hechos relacionados con el doctor José Libardo Blackburn Cortés: que fue elegido Senador de la República con Circunscripción Electoral de Cundinamarca para el período de 1990-1994; que fue elegido Senador por Circunscripción Nacional para el período 1991-1994 y que tomó posesión del cargo el 1o. de diciembre de 1991 y a la fecha dela certificación (enero 27-94) se encuentra ejerciendo sus funciones como tal.

4. A folio 80 Certificación original del Secretario General del Senado de la República, expedida el 4 de octubre de 1993 sobre la falta de manifestación de impedimento del Senador Blackburn en la discusión y votación de la Ley 6a de 1992, que dice:

> "Que revisadas las Actas Nos. 448, 49 y 50 correspondientes a las sesiones Plenarias del H. Senado de la República realizadas los días 18, 19 y 23 de junio de 1992, no aparece publicada ninguna declaración de impedimento por parte del H. Senador **JOSE BLACKBURN CORTES,** para participar en el trámite de

discusión y votación de la Reforma Tributaria contenida en los proyectos de ley números 20/92 Cámara y 71/92 Senado, hoy Ley 6a. de 1992."

5. ANALES DEL CONGRESO viernes 13 de marzo de 1992. Proyecto de Ley número 20 Cámara de 1992 presentado por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Justicia, por el cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones (113 artículos). El Capítulo IV Impuesto de Timbre dice:

"Artículo 35. **El Impuesto de Timbre se elimina a partir del 1o. de enero de 1994.** A partir del 1o. de enero de 1994 se elimina el impuesto de timbre nacional contemplado en el Libro Cuarto del Estatuto Tributario".

En la exposición de motivos, a página 16 hay la siguiente **explicación:**

"En virtud del progresivo menor rendimiento de este impuesto y a lo antitécnico del mismo se propone la eliminación a partir del primero de enero de 1994. Con esta decisión se imprime mayor transparencia a las operaciones de los contribuyentes al suprimirse el fuerte incentivo que representaba este impuesto para no mostrar las operaciones reales ". Folios 19 a 38.

6. ANALES DEL CONGRESO- folios 47 a 74 - Cámara de Representantes, viernes 5 de junio de 1992 No.86-REFORMA TRIBUTARIA-. Texto definitivo aprobado en primer debate en sesiones conjuntas por las comisiones Terceras constitucionales permanentes del H. Senado y la H. Cámara de Representantes-proyecto de Ley 20 Cámara 1992.

Según consta a página 19 el texto transcrito corresponde al Proyecto de Ley 20 cuya discusión y aprobación están consignadas en las Actas de sesiones conjuntas Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 correspondientes a los debates de los días miércoles 13, jueves 14, jueves 21, martes 26, jueves 28 y viernes 29 de mayo de 1992.

Allí aparece sustituida la propuesta del Gobierno Nacional por la de incorporación de nuevo del impuesto de timbre con algunas modificaciones. Al respecto el Ponente Rodrigo Garavito Hernández (Representante) expuso entre otras observaciones lo siguiente (fl.58):

"CAPITULO IV. IMPUESTO DE TIMBRE

Este impuesto mantuvo su estructura básica con algunas variaciones:

"El impuesto de los documentos de cuantía indeterminada se disminuyó a $150.000.

"Se precisó el hecho gravado señalado que se aplica a los instrumentos públicos y a los documentos privados..."

"..."

Y, en efecto, el artículo 37 que consagró la regla general de causación y tarifa, modificación al art.519 del Estatuto Tributario, expresa:

"El Impuesto de Timbre Nacional se causará a la tarifa del medio por ciento (0.5%) sobre los instrumentos públicos y documentos privados, incluidos los títulos valores, que se otorguen o acepten en el país..."

"Tratándose de documentos que hayan sido elevados a escritura pública, se causará el impuesto de timbre, siempre y cuando no se trate de la enajenación de bienes inmuebles o naves" (fl.50 vto. Anales pag.8).

7. ANALES DEL CONGRESO. No.105 jueves 25 de junio de 1992. SENADO DE LA REPUBLICA. Actas No. 48 Plenaria Ordinaria del jueves 18 de junio de 1992 (contestó a lista el Senador Joseé Blackburn Cortés). Para segundo debate el proyecto de reforma Tributaria No.71-92 Senado Cámara 20. Antes de votar en bloque algunos artículos el Senador Blackburn manifiesta que algunas sugerencias con relación a los artículos 36 (s/impuesto de timbre) y 58 (s/presunciones). Concedida la palabra expresó (fl.89. Anales pág,13):

"Bueno realmente en este artículo 36 de lo que se trata es de aclarar que ni las hipotecas, ni las dehipotecas sobre inmuebles van a quedar gravadas con el impuesto de timbre. Al principio habla del impuesto del 0.5 sobre los instrumentos públicos, yo pediría que se suprimiera la palabra instrumentos públicos, pero si ello no es posible, entonces aclararlo en la parte del segundo inciso donde dice: tratándose de documentos que hayan sido elevados a escritura pública, se causará el impuesto de timbre siempre y cuando no se trate de la enajenación de bienes inmuebles o desajenación porque no está claro, o sea que va a pasar que toda persona que compre vivienda y tome una hipoteca, es lo que las mayorías de las gentes hacen, le va tocar pagar todos los impuestos normales que hay de beneficiencia, de registro y timbre sobre todo en la parte cuando ya haya acabado de pagar la deuda, también tendría que pagar, porque no está claro en el artículado. Yo pediria primero, que lo sacáramos de acá si es posible y de una vez quitar la palabra instrumentos públicos o cambiarlo al final tanto como la hipoteca como las deshipotecas. Me parecería muy injusto gravar a todos los compradores de vivienda, de todas las categorias, con un nuevo impuesto, muy alto por cierto, que sería mas o menos el 50%, hoy se paga el once por mil, 11% estariamos pagando un medio por ciento más pasaríamos al 16 por mil o sea, 1.6%.

"Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Hernán Echeverry Coronado.

"Para que nos hagan claridad sobre ésto, no se quiere que las hipotecas y cancelación de hipotecas paguen impuesto de timbre pero, este juego de las hipotecas y deshipotecas tienen preferencialmente la hipoteca del bien, sino un pagaré personal a través de corporaciones, allá la hipoteca va acompañada de

un pagaré, quiero ver si entonces el pagaré va a tener impuesto de timbre o no.

"Retoma el uso de la palabra el orador honorable Senador Blackburn Cortés."

"Tiene razón señor Senador. La mayor parte de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda exigen no solamente la hipoteca del bien, sino un pagaré personal y en todas las corporaciones financieras y de acuerdo con ésta ésto acá se va a pagar un doble tributo, se va a pagar no solamente el 0.5 por mil por instrumento, sino también por el instrumento privado que sería el pagaré; por eso yo he pedido por el momento sacarlo, esa es la razón de sacarlo luego si quiere lo estudiamos y lo sustentamos."

"Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Víctor Renán Barco.

"Este inciso en relación con escrituras públicas, que se corren en las Notarías, lo incorporé en la subcomisión, precisamente para no recargar demasiado los costos de las escrituras. Las hipotecas se refieren a inmuebles, uno no puede hipotecar sino inmuebles. Aqui se dice muy caro: tratándose de docuemntos que hayan sido elevados a escritura pública, se causará el impuesto de timbre siempre y cuando no se trate de la enajenación de bienes inmuebles o naves o de constitución o extinción de hipotecas podría agregarse. Satisface los requerimientos suyos. Entonces le ruego señor Presidente que pregunte si con el adendo en el artículo 36 en el inciso segundo, constitución o extinción de hipotecas aprueba el honorable Senado."

"..."

En la sesión del viernes 19 de junio según Acta No. 49 (fl. 90, Anales pág.15) el Senador Blackburn contestó lista pero no aparece ninguna intervención en la continuación del debate del Proyecto 71.

8. El texto definitivo de la norma en cuestión quedó consagrado en los siguientes términos de la Ley 6a. de 1992 (junio 3):

"Artículo 36 Regla general de causación y tarifa."

"El impuesto de timbre nacional, se causará a la tarifa del medio por ciento (0.5%) sobre los instrumentos públicos y documentos privados, incluidos los títulos valores..."

"Tratándose de documentos que hayan sido elevados a escritura pública, se causará el impuesto de timbre, siempre y cuando no se trate de la enajenación de bienes inmuebles o naves. o constitución o cancelación de hipotecas sobre los mismos. En el caso de constitución de hipoteca abierta, se pagará este impuesto sobre los respectivos documentos de deber."

(Diario Oficial No. 40490 junio 30).

LOS ALEGATOS

1. El apoderado judicial del Senador Blackburn reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, a saber:

IMPROCEDENCIA DE LA ACCION. Lo que resulta de considerar que el doctor Blackburn no es ni ha sido empresario de la construcción. El hecho de ser inversionista de sociedades mercantiles que tienen tal objeto, que lo ejercen en forma independiente y a través del gerente Jaime Abisambra, no lo convierte a él en constructor.

CONFLICTO DE INTERESES. Esta figura no está definida con absoluta precisión en las normas legales, pero se refiere a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que tenga interés el Congresista y represente aprovechamiento personal de su investidura.

Por la situación descrita anteriormente no se da en este caso y el haber influido para que no se cobre un impuesto injusto, es lo contrario al conflicto de intereses, por haber acogido la Corporación la actitud del Senador.

Una conclusión diferente conduciría a que en materia de impuestos tendrían que declararse impedidos todos los Congresistas, lo cual es contrario a la filosofía de la institución parlamentaria.

No puede compararse el caso debatido con el Senador Jorge Hernández Restrepo, porque él es propietario o accionista de El Colombiano de Medellín, que podía ser beneficiado directamente con la exención del IVA a los servicios de prensa.

2. El demandante Martínez también reitera lo expuesto en la soliditud para insistir en que como consecuencia de la intervención del Senador Blackburn el artículo 519 del Estatuto Tributario fue adicionado con el segundo inciso para beneficiar directamente a las sociedades constructoras de él y su familia. Considera que las sociedades tienen por finalidad beneficiar a sus socios, pues las utilidades pasan al patrimonio de éstos, de donde se deduce que los socios tienen interés en el buen suceso de la sociedad y ese interés es directo.

Dice que la nombrada exención no es de beneficio general porque no todos los colombianos son socios de sociedades dedicadas a la construcción.

3. **EL MINISTERIO PUBLICO.** Representado por el Procurador Tercero Delegado en el Contencioso doctor Jaime Ossa Arbeláez, propugna para que la Corporación aproveche esta ocasión para hacer un estudio más a fondo del problema planteado con la institución de la "pérdida de investidura", en especial cuando la causal es el conflicto de intereses que es fenómeno complejo y cuyo

tratamiento dado hasta ahora por la jurisprudencia de la Corporación no lo considera adecuado y en apoyo de esta posición invoca varios salvamentos de voto, entre ellos los correspondientes al fallo del negocio AC-796.

En aras de la brevedad se puede intentar como síntesis de sus planteamientos lo siguiente:

- Uno de los motivos prioritarios que impulsó la reforma constitucional fue la necesidad de purificar la institución del Congreso.

- Para ello la Constituyente señaló dos aspectos: la adopción de un estatuto del Congresista y pérdida de la investidura.

- En cuanto a lo primero se consagraron algunas normas sobre inhabilidades e incompatibilidades.

- Con respaldo en el proceso de elaboración de la Carta, en especial del trabajo de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente y la de la Subcomisión de ésta, resulta que el pensamiento final del constituyente quedó plasmado en el artículo 182 que culmina disponiendo que "la ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

- Considera que la regulación que debe hacer el Legislador de esta materia por implicar "limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas" debe consignarse en una ley estatutaria. La Ley 5a. de 1992 no responde a esta necesidad y con su carácter de ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso no puede referirse a ese tópico. Es ostensiblemente equivocado recurrir a ella. En consecuencia, "al juzgador no le es dable determinar el alcance del **conflicto de intereses** si la ley no lo ha precisado..."

-"Por eso, en el asunto *sub-júdice*, esta agencia del Ministerio Público propugna una decisión que desatienda las súplicas de la demanda por ausencia de norma legal estatutaria que hubiere reglamentado el artículo 182 de la Constitución Nacional".

El señor Procurador Tercero hace un llamado a la Corporación para profundizar en el tema, pues limitarse a aplicar una norma constitucional sin miramiento de una norma específica. "es convertir la sanción en una represión altamente peligrosa".

4. La parte **IMPUGNANTE** de la demanda inicia su exposición resaltando las respuestas espontáneas que dió el Senador en la contestación a la demanda, de las cuales destaca que si conforme al artículo 150 de la Constitución corresponde al Congreso hacer las leyes, los legisladores no podrían cumplir esa función si tuvieran que declararse impedidos en la elaboración de todas aquéllas que por su carácter general como es el que tienen las leyes, de alguna manera los afectaría. Con tan severo régimen no podría haber ni leyes ni Congreso, ni tampoco cortes ni sentencias contra leyes o

LOS ALEGATOS

1. El apoderado judicial del Senador Blackburn reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, a saber:

IMPROCEDENCIA DE LA ACCION. Lo que resulta de considerar que el doctor Blackburn no es ni ha sido empresario de la construcción. El hecho de ser inversionista de sociedades mercantiles que tienen tal objeto, que lo ejercen en forma independiente y a través del gerente Jaime Abisambra, no lo convierte a él en constructor.

CONFLICTO DE INTERESES. Esta figura no está definida con absoluta precisión en las normas legales, pero se refiere a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que tenga interés el Congresista y represente aprovechamiento personal de su investidura.

Por la situación descrita anteriormente no se da en este caso y el haber influido para que no se cobre un impuesto injusto, es lo contrario al conflicto de intereses, por haber acogido la Corporación la actitud del Senador.

Una conclusión diferente conduciría a que en materia de impuestos tendrían que declararse impedidos todos los Congresistas, lo cual es contrario a la filosofía de la institución parlamentaria.

No puede compararse el caso debatido con el Senador Jorge Hernández Restrepo, porque él es propietario o accionista de El Colombiano de Medellín, que podía ser beneficiado directamente con la exención del IVA a los servicios de prensa.

2. El demandante Martínez también reitera lo expuesto en la soliditud para insistir en que como consecuencia de la intervención del Senador Blackburn el artículo 519 del Estatuto Tributario fue adicionado con el segundo inciso para beneficiar directamente a las sociedades constructoras de él y su familia. Considera que las sociedades tienen por finalidad beneficiar a sus socios, pues las utilidades pasan al patrimonio de éstos, de donde se deduce que los socios tienen interés en el buen suceso de la sociedad y ese interés es directo.

Dice que la nombrada exención no es de beneficio general porque no todos los colombianos son socios de sociedades dedicadas a la construcción.

3. **EL MINISTERIO PUBLICO.** Representado por el Procurador Tercero Delegado en el Contencioso doctor Jaime Ossa Arbeláez, propugna para que la Corporación aproveche esta ocasión para hacer un estudio más a fondo del problema planteado con la institución de la "pérdida de investidura", en especial cuando la causal es el conflicto de intereses que es fenómeno complejo y cuyo

tratamiento dado hasta ahora por la jurisprudencia de la Corporación no lo considera adecuado y en apoyo de esta posición invoca varios salvamentos de voto, entre ellos los correspondientes al fallo del negocio AC-796.

En aras de la brevedad se puede intentar como síntesis de sus planteamientos lo siguiente:

- Uno de los motivos prioritarios que impulsó la reforma constitucional fue la necesidad de purificar la institución del Congreso.

- Para ello la Constituyente señaló dos aspectos: la adopción de un estatuto del Congresista y pérdida de la investidura.

- En cuanto a lo primero se consagraron algunas normas sobre inhabilidades e incompatibilidades.

- Con respaldo en el proceso de elaboración de la Carta, en especial del trabajo de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente y la de la Subcomisión de ésta, resulta que el pensamiento final del constituyente quedó plasmado en el artículo 182 que culmina disponiendo que "la ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

- Considera que la regulación que debe hacer el Legislador de esta materia por implicar "limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas" debe consignarse en una ley estatutaria. La Ley 5a. de 1992 no responde a esta necesidad y con su carácter de ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso no puede referirse a ese tópico. Es ostensiblemente equivocado recurrir a ella. En consecuencia, "al juzgador no le es dable determinar el alcance del **conflicto de intereses** si la ley no lo ha precisado..."

-"Por eso, en el asunto *sub-júdice*, esta agencia del Ministerio Público propugna una decisión que desatienda las súplicas de la demanda por ausencia de norma legal estatutaria que hubiere reglamentado el artículo 182 de la Constitución Nacional".

El señor Procurador Tercero hace un llamado a la Corporación para profundizar en el tema, pues limitarse a aplicar una norma constitucional sin miramiento de una norma específica. "es convertir la sanción en una represión altamente peligrosa".

4. La parte **IMPUGNANTE** de la demanda inicia su exposición resaltando las respuestas espontáneas que dió el Senador en la contestación a la demanda, de las cuales destaca que si conforme al artículo 150 de la Constitución corresponde al Congreso hacer las leyes, los legisladores no podrían cumplir esa función si tuvieran que declararse impedidos en la elaboración de todas aquéllas que por su carácter general como es el que tienen las leyes, de alguna manera los afectaría. Con tan severo régimen no podría haber ni leyes ni Congreso, ni tampoco cortes ni sentencias contra leyes o

decretos, en especial relativos a impuestos que pudieran significarle un beneficio al juez.

Sostiene que los **impedimentos** son taxativos porque son excepcionales a la regla general de competencia de los funcionarios y a ellos deben asimilarse las **incompatibilidades** porque también son una limitante de la competencia constitucional de los Congresistas.

Desarrolla luego la impugnación en tres aspectos principales: El procedimiento según la Ley 5a. de 1992, la actividad personal del senador Blackburn y el contenido de la Ley 6a de 1992.

- Del pormenorizado análisis que hace de la Ley 5a. de 1992 concluye que según el artículo 298 cuando la causal de la pérdida de investidura sea la violación al régimen de conflicto de intereses (3a. del artículo 296), cada una de las Cámaras hará las correspondientes declaraciones previa evaluación de la comisión autorizada que no es otra que la Comisión de Etica. Esto significa que de no haberse dado tal procedimiento, el Consejo de Estado no podía asumir la competencia para decretar la pérdida de la investidura.

En el caso debatido no se dió porque a pesar de que la citada Comisión adelantó el proceso respectivo en forma interna y conforme al artículo 302 la decisión fue favorable al Senador Blackburn según lo informó la prensa nacional, para demostrar lo cual, adjunta recortes de los periódicos El Tiempo y El Espectador, aclarando que, como tal situación no pudo establecer por haber vencido el término probatorio, insinúa que el Consejo, de oficio, solicite la prueba a la Comisión de Etica del Senado.

- La actividad personal del Senador acusado se concentra con exclusividad en atender sus funciones parlamentarias sin desempeñar ninguna otra, pues no ha sido demandado por la causal 1 del artículo 180 de la Constitución.

Po lo demás se apoya en la clara distinción entre sociedad y socios, fuera de que no existen sociedades de familia, como dice la demanda. Las sociedades de las cuales forman parte cuyo Gerente es el doctor Abisambra son completamente distintas al Senador Blackburn.

- Transcrito el artículo 36 de la Ley 6a. de 1992 y resaltado su carácter de diposición general, explica que con él se evitó la creación de impuestos nuevos que se proponían con relación a la adquisición o enajenación de inmuebles y constitución o cancelación de hipotecas, las cuales el Senador Blackburn consideró que estaban ya suficientemente gravadas. La exclusión lograda fue para todas las personas en Colombia que celebren tales operaciones y al Senador acusado en nada le afectó perjudicándolo o beneficiandolo, por lo que no tenía porqué declararse impedido a la luz del artículo 286 de la Ley 5a., el cual obliga cuando exista un interés **directo** en la decisión que lo afecte o a su familia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de "conflicto de intereses" por falta de ley que la desarrolle según la previsión del artículo 182 de la Constitución.

El solo artículo 182 al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida, las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al "bien común" al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del Congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta.

Tampoco comparte la Sala el criterio de que por implicar recortes a los derechos de los Congresistas debe ser la ley a que se refiere el artículo 182 una ley estatutaria. Sobre este particular la Corte Constitucional ha expresado que leyes orgánicas como es la del Reglamento del Congreso, pueden incluir algunas previsiones sobre la actividad personal de los Congresistas sin riesgo de caer en transgresión de la Carta. En la sentencia C-025 del 4 de febrero de 1993, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, sobre la Ley 5a. de 1992, expuso:

> "34. El Estatuto del Congresista, particularmente la determinación de sus deberes y derechos, es un asunto que en modo alguno puede ser ajeno a la materia propia del Reglamento. La actividad y el funcionamiento del Congreso, se origina y proyecta en la actuación de sus miembros. De ahí que la ley, por la cual se expide su reglamento no pueda ser objeto de censura constitucional, por este concepto. De otra parte, las garantías institucionales previstas en la Constitución, enderezadas a velar por la independencia del Congreso y la existencia de un proceso político abierto, libre y democrático, se expresan en algunos casos tomando como destinatarios directos a los Congresistas individualmente considerados. En estos eventos, la naturaleza institucional - no meramente personal - de la garantía, se colige de su otorgamiento a la persona en cuanto miembro del Congreso."

Por otra parte, es de advertir que aunque la Ley 5a. tenga carácter orgánico no

CONSEJO DE ESTADO

podrá ser ignorada en los casos que se juzguen con relación a hechos acaecidos después de iniciada su vigencia el día 18 de junio de 1992 en aspectos que aunque sean formales imponen obligaciones a los Congresistas como es el caso del registro de intereses privados en el libro destinado a tal efecto que debe llevarse en la Secretaría de las Cámaras.

Pero en contra de lo solicitado por la parte impugnante en este proceso, otros aspectos de la citada Ley 5a. como los procedimientos internos previos a la solicitud de desinvestidura que puede formular la Mesa Directiva al Consejo de Estado, en manera alguna son obligatorios cuando la solicitud la formula directamente un ciudadano, salvo que se presenten o invoquen como prueba de los hechos, como se deduce de lo dispuesto por el artículo 301 de la misma Ley 5a.

2. De conformidad con el relato expuesto en la relación de antecedentes el caso que se juzga puede sintetizarse en lo siguiente: se atribuye al Senador Blackburn Cortés haber incurrido en violación del régimen de conflicto de intereses y en consecuencia ser merecedor de la pérdida de su investidura, por el hecho de no haberse declarado impedido cuando se tramitó y discutió el proyecto de ley de reforma tributaria de 1992 y en especial, por haber influido en la modificación de uno de sus artículos para que se extendiera la exoneración del impuesto de timbre a las escrituras de constitución y cancelación de hipotecas, asunto en el cual supuestamente él personalmente tenía interés, por ser juntos con sus familiares más cercanos, socio de compañías constructoras.

La existencia de las citadas sociedades conformadas con capitales de él y de sus familiares está acreditada y también está plenamente demostrado que el Senador enjuiciado no manifestó impedimento alguno previamente, ni en las sesiones plenarias de los días 18, 19 y 23 de junio de 1992 en las que se discutió la citada reforma tributaria.

Igualmente está demostrada una intervención especial en la sesión plenaria el día jueves 18 de junio (págs. 12 y 13 de esta providencia) con base en la cual se puede concluir que su intervención dio como resultado que el Ponente, Senador Víctor Renán Barco aceptara incluir dentro de las excepciones del impuesto de timbre a las escrituras públicas relacionadas con las hipotecas.

3. para medir los alcances y la significación de la modificación propuesta por el citado Senador, conviene recordar sintéticamente el sentido de la reforma tributaria que culminó con la expedición de la Ley 6a./92.

Para solucionar graves problemas de desequilibrio fiscal originados principalmente en la disminución de las rentas aduaneras, el Gobierno sometió a consideración del Congreso un proyecto de vastas proporciones de reformas que contemplaba entre otros aspectos la ampliación y aumento del impuesto al valor

agregado -IVA- modificaciones al de renta, etc., pero también contempló la supresión del impuesto de timbre. En el curso de las deliberaciones las propuestas iniciales del Gobierno sufrieron varias modificaciones dentro de las cuales se destaca la de revitalizar el impuesto de timbre, en lugar de suprimirlo.

En ese proceso se observa que una de las modificaciones sugeridas fué la de incluir los documentos públicos dentro de los instrumentos gravables con la tarifa general del 0.5 por ciento al igual que los privados y gravar con la misma tarifa proporcional las promesas de contratos que anteriormente eran gravadas pero con una tarifa única de $3.000.

De las exposiciones recogidas en el Acta No.48 se concluye que el Ponente senador Víctor Renán Barco ya había incorporado en la Subcomisión la excepción del impuesto a las escrituras de enajenación de bienes inmuebles o naves y que la intervención del Senador Blackburn dió como resultado que se agregara la relativa a las hipotecas. Se destacan las siguientes palabras del Senador Víctor Renán Barco (véase exposición completa en la página 13).

> "Este inciso en relación con las escrituras públicas, que se corren en las Notarías, lo incorporé en la subcomisión, precisamente para no recargar demasiado los costos de las escrituras.....Aquí se dice muy claro: tratándose de documentos que hayan sido elevados a escrituras públicas, se causará el impuesto de timbre siempre y cuando no se trate de enajenación de bienes inmuebles o naves, **o de constitución o extinción de hipotecas podría agregarse.** Satisface los requerimientos suyos (al parecer refiriéndose al Senador Blackburn).
>
> Entonces le ruego al señor Presidente que pregunte si con el aludido adendo el artículo 36 en el inciso segundo, **constitución o extinción de hipotecas** aprueba el honorable Senado".

4. Delimitando así el resultado de las intervenciones del Senador Blackburn corresponde a la Sala juzgarlo frente a las normas sobre la pérdida de la investidura de Congresistas por la causal de conflicto de intereses, señalada por el ciudadano denunciante.

4.1 Sea lo primero recordar que para la época en que se desarrollaba el acontecimiento anteriormente relatado y que constituye el punto central de la motivación, aún no se había expedido o entrado a regir la Ley 5a. de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, por lo que puede considerarse que sobre los Congresistas la que pesaba era la obligación general del artículo 182 de la Carta, de manifestar "las situaciones de carácter moral o económico" que pudieran considerarse causales para inhibirse en la discusión parlamentaria.

El modus operandi del cumplimiento de ese nuevo deber o por lo menos, con las nuevas consecuencias y respecto a las situaciones de carácter económico, solamente vino a quedar regulado en el Reglamento del Congreso al instituir el Libro de Registro de Intereses en el cual deben los Congresistas anotar sus intereses económicos.

Pero esta formalidad comenzó o cobró realidad jurídica concidencialemente el mismo día 18 de junio de 1992 cuando se suplicó en el Diario Oficial 40483 de la Ley 5a. de 1992 (junio 17) y simultáneamente se estaba dando en la Plenaria el debate a que se ha hecho referencia anteriormente y se producía la intervención del Senador Blackburn, objeto de cuestionamiento. En consideración a esa circunstancia, la falta de registro en el caso que se juzga no puede tenerse como elemento que influya en la sanción de pérdida de investidura.

4.2 Mirada en conjunto la reforma tributaria de 1992 y las metas macroeconómicas propuestas por el Gobierno y ayudadas a encontrar por el Congreso, resulta de importancia secundaria, accesoria, el tema de la exoneración de impuesto de timbre a las escrituras públicas relativas a las hipotecas, así no existan cálculos de su estimativo presupuestal.

El planteamiento de los Congresistas que intervinieron en su discusión, coincidía con la motivación general expresada por el Ponente"... de no recargar demasiado los costos de las escrituras..." para excluir las de enajenación de inmuebles y naves, y por ello esas mismas razones las encontraron válidas para aceptar la adición propuesta por el Senador inculpado de exonerar las escrituras de hipotecas.

Una vez aceptada por el Ponente y consignada en el proyecto la exoneración para las escrituras de enajenación de inmueble, dentro del criterio mencionado les resultaba acertado comprender también las escrituras de hipoteca, máxime si se tiene en cuenta que el mismo proyecto implicaba el gravamen a los documentos privados contentivos de promesa de contratos (en razón de la derogatoria del artículo 520 del Estatuto Tributario), con lo cual la transacción sobre inmuebles habría quedado gravada en la promesa como documento privado y en la escritura como instrumento público sobre el total del precio, incluida la parte financiada.

4.3 Desde luego que una disposición de carácter general como ésta y aplicable en todo el país podría cobijar a las escrituras que en el futuro otorgaran las dos sociedades constructoras en que el Senador proponente tiene intereses económicos. Pero el provecho económico real de esta exoneración puede quedar concretado únicamente a las escrituras constitutivas de hipotecas relativas a los créditos obtenidos en el sistema financiero al igual que todas las empresas constructoras, pero no a las de subrogación por parte de los clientes compradores o las que éstos otorguen a la constructora o a su compañía financiadora.

Es bien sabido que legalmente de este impuesto responden todos los intervinientes en el documento gravado, pero que comercialmente se consideran costos que convencional o reglamentariamente se trasladan y atribuyen al deudor. Con la adopción del criterio de no recargar los costos de las escrituras, se logró su exoneración para todos los deudores no solamente para las empresas constructoras, sino para los adquirientes de vivienda y de inmuebles y en general para todas las escrituras relativas al contrato hipotecario.

4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió "afectar de alguna manera" a todos los Congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado.

5. Encuentra la Sala que no obstante pesar sobre el Senador acusado la obligación general del artículo 182 de la Constitución, el hecho de no poner en conocimiento de la Corporación su condición de socio de compañías constructoras, no justifica imponerle la sanción de pérdida de investidura por las razones que se dejaron expuestas anteriormente y en especial en razón de que la materia tributaria que se trataba, afectaba real o potencialmente a todos los Congresistas y la exoneración del impuesto de timbre para las escrituras de hipoteca en el que intervino, cobijaba por igual y de manera general todos los instrumentos otorgados en el país, sin que el Senador acusado se hubiera colocado en una situación de privilegio o provecho económico personal.

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

FALLA:

No se accede a decretar la pérdida de la investidura del Senador JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES, en los términos y por los motivos expuestos por el solicitante ciudadano FERNANDO LUIS MARTINEZ MENDEZ, objeto de este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE A QUIEN CORRESPONDA CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha. Marzo 22 de 1994.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz,* Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren De La Lombana de*

Magyaroff, Clara Forero de Castro, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna,* Ausente; *Delio Gómez Leyva, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno,*

Nubia González Cerón, Secretaria.

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

El artículo 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 artículo 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 artículo 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 el negocio la Sala Plena del Consejo de Estado. No hay procedimeinto ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el particular en el témino 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.

Salvamento de Voto: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. AC-1276. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez

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

En primer término, el artículo 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 artículo 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 artículo 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 procemiento ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el particular en el témino 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*

SALA DE CONSULTA

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. Autorizada la publicación el 3 de enero de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (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 1o. 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 artículo 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 de 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 el 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 el 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 1° de enero de 1990 se liquidó el ICCE, algunos empleados públicos de carrera no habían 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 concluídas las comisiones, algunos de los empleados continuaron sin incorporación, a pesar de que seguía pendiente la obligación permanente de incorporarlos (artículo 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 del 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 del liquidado ICCE que no presentaron solicitud de retiro voluntario.

El valor de las indemnizaciones de estos funcionarios se determinó 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 (Resolución 572/92 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 público 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 habían sido conferidas por el artículo 13 de la Ley 12 de 1986. Este estatuto, autodenominado "de descentralización en beneficio de los municipios", coetáneamente creó 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 disponer la supresión del ICCE, el mismo decreto de 1987 dispuso:

> En consecuencia, este Instituto entra en proceso de liquidación que se realizará en forma que determine el Gobierno Nacional, el cual deberá concluir antes del 1o. de enero de 1990 (artículo 24, inciso 2o.).

Igualmente, el decreto ordenó que durante el período de liquidación las actividades, estructuras 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 (artículo 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 venía 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 pública".

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 "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 aún: por la vía reglamentaria se modificaba la disposición contenida en el artículo 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 del 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 artículo 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 nombra-

dos 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 artículo 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 artículo 206 del mismo decreto; y

- El empleado escalafonado en carrera administrativa **deberá ser nombrado sin solución de continuidad en otro empleo de carrera que se encuentre vacante u ocupado por un empleado provisional,** de conformidad con lo previsto en el artículo 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 artículo 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 ser 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 habían 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".

Aun así, "una vez concluídas las comisiones, algunos de los empleados continuaron sin incorporación, a pesar de que seguía pendiente la obligación permanente de incorporarlos (artículo 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 del 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 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 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 (artículos 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 nombra-

mientos debían tener carácter definitivo. Empero, no sería correcto sostener, ante la contundencia de las normas que ordena el nombramiento del empleado escalafonado sin solución de continuidad (Decretos 1950 de 1973, artículos 244 y Decreto 1042 de 1978, artículo 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–, tuvieran que transcurrir más 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 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 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.

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 su 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 aún 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 artículo 27 del Decreto 77 de 1987, le correspondía asumir todos los derechos y obligaciones del ICCE, una vez concluída 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 (artículo 48), 1950 de 1973 (artículo 244) y 1042 de 1978 (artículo 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 escalafonarlos 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, Presidente de la Sala; *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.

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 C. y la Ley 42 de 1993 deben ser interpretados, en la materia relacionada con el control fiscal, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 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 de la Nación. El artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 no contradice lo dispuesto en el artículo 93 numeral 2o., del C. de C., 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. Autorizada la publicación el 7 de enero de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá , D.C, dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 566. Consulta sobre la naturaleza de los ingresos de las Cámaras de Comercio y el control a que están sometidos.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, Doctor Luis Alberto Moreno Mejía, en ejercicio de la atribución que el artículo 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:

1. 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 artículo 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 deberá 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 de 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..." (artículo 78), términos que interpretados gramáticamente 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 artículo 26 del Código de Comercio, "llevar la matrícula 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 (artículo 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" (artículo 93).

Dicha normatividad, aunque anterior a la Constitución de 1991, no se encuentra en contradicción con la Ley 6a. de 1992, cuyo artículo 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 (artículo 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 (artículo 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 Unico 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 artículo 2o., numerales 7o. y 8o.); esta última atribución debe entenderse en relación con aquellos actos que expiden 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, incluídos 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 impuesto, 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 serlo 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 llevarlo 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 artículo 267, inciso primero).

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, artículo 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 Superintendencia 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 artículo 88 del Código de Comercio y la Ley 42 de 1993 deben ser interpretadas, en la materia relacionada con el control fiscal, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 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 artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 no contradice lo dispuesto en el artículo 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.

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.

CORTE CONSTITUCIONAL-Miembros/**VACANTE TEMPORAL/NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD**-Designación/**SENADO DE LA REPUBLICA/ COMPETENCIA**

Si en la Corte Constitucional se presenta falta temporal de uno de sus miembros y ella es superior a un mes, el cargo vacante se debe proveer en interinidad, mientras dure la ausencia del Magistrado Titular. La designación debe ser efectuada por el Senado de la República de terna que le presente la misma corporación que envió la lista de candidatos en la cual fue elegido el titular. Autorizada la publicación el 11 de enero de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación 569. Consulta sobre procedimiento a seguir en los eventos en que se presenten vacancias temporales de los Magistrados de la Corte Constitucional y, se pretenda proveer transitoriamente dicho cargo.

El Ministro de Justicia y del Derecho ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

Mediante el Decreto 2275 de 1991 se estableció la planta de personal de la Corte Constitucional. Internamente la citada Corte se rige por un reglamento dado por la Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 241 numeral 11 de la Constitución Política, adoptado mediante el Acuerdo 01 de 1992, sin que

se establezca en alguna de estas disposiciones el procedimiento a seguir cuando se presenten vacancias temporales de los Magistrados de la Corte Constitucional.

Dada su naturaleza y conformación y, de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 2275 de 1991, a los funcionarios y empleados de la Corte Constitucional se les aplicará en aquellos casos no regulados por las normas expedidas con su creación, las disposiciones sobre administración de personal de la Rama Judicial.

Dentro de los diversos aspectos que se pueden presentar en el manejo administrativo de las Corporaciones vinculadas a la Rama Judicial, están las situaciones administrativas, en sus dos (2) modalidades: en servicio activo y separados temporalmente.

El Decreto 1660 de 1978, que reglamenta parcialmente algunas disposiciones sobre administración de personal de la Rama Judicial y del Ministerio Público, establece en su artículo 90 estas situaciones:

1. En servicio activo.
1.1. ...
1.2. ...
2. Separados temporalmente del ejercicio de sus funciones
2.1. En licencia.
2.2. En uso de permiso.
2.3. En vacaciones.
2.4. Suspendidos por medida penal o disciplinaria.
2.5. Prestando servicio militar.

Frente a estas situaciones, y al no existir norma expresa sobre la materia para la Corte Constitucional, su Presidente el doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, ha solicitado de conformidad con lo previsto en el artículo 98 numeral 2o. del Código Contencioso Administrativo, se conceptúe:

- Si es necesario proveer su reemplazo, mientras dura la ausencia temporal del Magistrado, qué autoridad o corporación sería la competente para hacerlo y mediante que procedimiento?

Es pertinente anotar, que el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia, que actualmente cursa en el Congreso de la República , se ha querido que sea la misma Corporación quien designe el reemplazo del Magistrado, cuando su ausencia es temporal.

Es así como para la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, el citado proyecto de ley en el parágrafo del artículo 81, establece que: "La provisión transitoria de las vacantes se hará directamente por la Corporación ".

A su vez, para el Consejo Superior de la Judicatura se señala en el artículo 98 del proyecto de Ley Estatutaria, que: "Las vacancias temporales serán provistas por la misma Corporación, las absolutas por los nominadores".

LA SALA CONSIDERA:

1.) El artículo 8o. del Decreto-Ley 250 de 1970 establece que cuando la falta temporal de un funcionario o empleado de la Rama Judicial es superior a un mes, el titular debe ser reemplazado por interino.

2). Según lo previsto por el artículo 239 de la Constitución Nacional, los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de la Justicia y el Consejo de Estado.

3.) Los miembros de la Corte Constitucional, conforme a la norma citada, no son elegidos por la misma corporación tal como sucede con el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, entidades en las que prevalece la cooptación.

Pero, en este caso, no cabe la analogía porque, según los artículos 6o. y 122 de la Constitución, la competencia es por atribución.

4). En el proyecto de ley estatutaria de la Administración de Justicia, que se estudia en el Congreso de la República, se incluyó una norma que dispone que, mientras el Senado de la República provee las faltas temporales de los miembros de la Corte Constitucional, esta corporación llenará directamente las vacantes (artículos 68 proyecto).

Sin embargo, este proyecto no ha sido aprobado como ley, y por lo mismo, no se puede tener en cuenta para resolver el asunto materia de la consulta.

La Sala considera que como no existe ninguna otra norma, aparte del artículo 239 de la Constitución Nacional que regula este aspecto, esa disposición es la aplicable para designar en interinidad a los miembros de la Corte Constitucional por faltas temporales.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala absuelve el interrogante formulado por el señor Ministro de Justicia y del Derecho:

Si en la Corte Constitucional se presenta falta temporal de uno de sus miembros y ella es superior a un mes, el cargo vacante se debe proveer en interinidad, mientras dure la ausencia del Magistrado titular.

La designación debe ser efectuada por el Senado de la República de terna que le presente la misma corporación que envió la lista de candidatos con base en la cual fue elegido el titular.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministros de Justicia y del Derecho y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de Sala.

Autorizada la publicación el 11 de enero de 1994.

INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL/JUNTA DIRECTIVA/MINISTRO DE JUSTICIA- Facultades/**PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-** Facultades/**DELEGACION DE FUNCIONES**

El Ministro de Justicia y el Procurador General de la Nación, como miembros de la junta directiva del Instituto de Medicina Legal, están autorizados para delegar en funcionarios subalternos su representación en dicha junta, conforme a lo dispuesto en los artículos 21 del Decreto-Ley 1050 de 1968 y 2o. letra g) de la Ley 4a de 1990. Autorizada la publicación el 10 de febrero de 1994.

Consejo de Estado-. Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá , D.C. veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación 577. Consulta sobre la posibilidad de que algunos miembros de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses pueden delegar su asistencia a la misma (artículo 163 del Decreto 2699 de 1991).

El Ministro de Justicia ha formulado a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

> "Como es de su conocimiento, la Dirección General de Medicina Legal del Ministerio de Justicia, con sus dependencias y seccionales se integró a la Fiscalía General de la Nación como establecimiento público del orden nacional, adscrito a ella, dotado de personería, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Igualmente cuenta con una junta directiva la cual está conformada así:

"Por el Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal quien la presidirá, el Ministro de Justicia, el Ministro de Salud o su Delegado, el Procurador General de la Nación, el Presidente o Vicepresidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la Asociación de las facultades de Medicina". (artículo 163 Decreto 2699-91).

De la lectura del artículo anterior, pareciera que únicamente el Ministro de Salud pudiera delegar en otro, su representación en las reuniones de Junta Directiva, ya que no se incorporó dicha facultad para el Ministro de Justicia y para el Procurador General de la Nación.

No obstante lo anterior, sería aplicable para el caso de este Ministerio, la parte pertinente del artículo 211 de la Constitución Política al establecer que: "La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los Ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.

Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades".

De esta forma, sería procedente, lo señalado en el artículo 21 del Decreto 1050 de 1968, según el cual: "**Los Ministros** y los Jefes de Departamentos Administrativos podrán delegar en sus subalternos, hasta el nivel de jefe de sección, las funciones que les están señaladas por la ley salvo las disposiciones en contrario; y podrán revocar en cualquier momento la delegación y los actos que con base en ella se expidan, conforme al Decreto 2733 de 1959".

Específicamente para la representación del Ministro en Juntas o Consejos Directivos, sería aplicable el literal. e) Del artículo 13 del citado Decreto 1050, cuando señala: "Artículo 13. **Del Viceministro.** Son funciones del Viceministro: e) Representar al Ministro en la Juntas o Consejos Directivos y en las actividades oficiales que éste le señale".

De otra parte en cuanto al titular el Ministerio Público, Constitucionalmente ha sido, investido de funciones delegables e indelegables señaladas en los artículos 277 y 278 respectivamente de la Carta Política.

La Ley 4a. de 1990 reorgánica de la procuraduría General de la Nación, en cuanto a la asignación de funciones, determina en su artículo 2o. las del Procurador General y en el literal g) Le habilita para : "Delegar, total o parcialmente, en funcionarios de la Procuradora General, atribuciones que le hayan sido dadas por ley y que no constituyan desarrollo directo de sus fun-

ciones constitucionales, las cuales puedan reasumirse en cualquier tiempo". Así mismo el literal e) del artículo 7o. *ibídem,* al tratar la competencia del Viceprocurador General, dispone: "Representar al Procurador General de la Nación, en las actividades oficiales que este le delegue".

De conformidad con lo anterior, se consulta:

Es viable que los miembros de la Junta Directiva del Instituto de Medicina Legal, en especial el Ministro de Justicia y el Procurador General de la Nación puedan delegar su representación en las reuniones de dicha junta.

LA SALA CONSIDERA:

1). La delegación de funciones está prevista en el artículo 211 de la Constitución Nacional, como mecanismo de desconcentración de competencias en orden a que se cumpla eficazmente la función administrativa. En el aparte final del inciso primero, dispone esta norma que la ley "fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades ".

2). En consonancia con el artículo 211 de la Constitución, el artículo 21 del Decreto-Ley 1050 de 1968 permite a los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos la delegación de funciones que les señala la ley, salvo disposición en contrario, en sus subalternos hasta el nivel de jefes de sección, delegación que podrán revocar en cualquier momento, lo mismo que los actos expedidos en cumplimiento de ella.

3). Respecto del Procurador General de la Nación, el artículo 277 de la Constitución Nacional señala las funciones que puede ejercer por sí mismo o por medio de sus delegados o agentes.

4). El artículo 278 de la Carta Política establece las funciones que el Procurador General deberá ejercer directamente, de manera que estas atribuciones no las puede delegar en sus subalternos bajo ninguna circunstancia. De este modo, el Procurador titular solo podrá separarse del conocimiento de algunos de los asuntos mencionados en dicho artículo, cuando deba ausentarse temporalmente de su cargo o en el evento que se halle impedido para resolver el asunto; en estos casos será reemplazado por el Viceprocurador (artículo 7o. letra a), ley 4a. de 1990).

5). En relación con la delegación de funciones del Procurador General de la Nación, el artículo 2o. letra g), de la ley 4a. de 1990, lo autoriza para delegar total o parcialmente las atribuciones que le haya otorgado la ley, siempre que no sean desarrollo directo de sus funciones constitucionales; las funciones que delegue podrá reasumirlas en cualquier momento.

6). De otra parte, en cuanto a la integración de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el artículo 163 del Decreto-Ley 2699

de 1991 dispone que estará compuesta por el "Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal quien la presidirá, el Ministro de Justicia, el Ministro de Salud o su delegado, el Procurador General de la Nación, el Presidente o Vicepresidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la Asociación de las Facultades de Medicina".

Del texto de la norma transcrita, se observa que no hizo mención a los delegados del Ministro de Justicia ni del Procurador General de la Nación, como sí lo hizo con los demás miembros de la junta, lo que en principio permitiría creer que estos funcionarios no pueden delegar las funciones integrantes de dicha junta en sus subalternos.

Sin embargo, la Sala considera que ni el Decreto-Ley No. 2699 de 1991, ni en ninguna otra norma legal, existe prohibición para que el Ministro de Justicia y el Procurador General de la Nación puedan delegar en sus funcionarios subalternos la representación que les corresponde en la mencionada junta directiva . Por el contrario, dichos funcionarios están autorizados para delegar en cualquier momento esa competencia, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 21 del Decreto-Ley 1050 de 1968 y 2o., letra g), de la Ley 4a. de 1990 , respectivamente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones expuestas la Sala responde la pregunta formulada por el señor Ministro de Justicia:

El Ministro de Justicia y el Procurador General de la Nación, como miembros de la Junta del Instituto de Medicina Legal, están autorizados para delegar en funcionarios subalternos su representación en dicha junta, conforme a lo dispuesto en los artículos 21 del Decreto-Ley 1050 de 1968 y 2o. letra g) de la Ley 4a. de 1990.

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

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala .

Autorizada la publicación el 10 de febrero de 1994.

CONCEJAL-Incompatibilidades/**EJERCICIO PROFESIONAL**-Procedencia/ **HONORARIOS/PENSION DE JUBILACION**-Compatibilidad

Los Concejales no son empleados públicos; por este motivo pueden ejercer la profesión de abogado. Específicamente los Concejales del Distrito Capital, lo pueden hacer con las restricciones, establecidas en el artículo 29 de la Ley 4a. de 1992. El artículo 128 de la Constitución Nacional se aplica a los empleados públicos y la prohibición de doble asignación tiene que ver con relaciones de índole laboral; por lo mismo, salvo las prohibiciones del artículo 29 de la Ley 4a. de 1992, los Concejales pueden percibir simultáneamente honorarios profesionales en ejercicio de la abogacía y los honorarios respectivos por su actuación en las sesiones del Concejo. Los honorarios de los Concejales no son incompatibles con la pensión de jubilación que reciban de una entidad descentralizada distrital por que no tiene carácter de asignación en los términos del artículo 128 de la Constitución y del artículo 19 de la Ley 4a. de 1992. El término asignación proveniente del Tesoro Público en el sentido previsto en el artículo 128 de la Constitución Nacional, corresponde a toda remuneración, sueldo o prestación, reconocidos a los empleados o trabajadores del Estado, en razón de una vinculación laboral, bien sea legal o reglamentaria o por contrato de trabajo. De manera que los funcionarios públicos sólo pueden recibir asignaciones; a su turno los particulares sólo perciben honorarios, cuando prestan algún servicio a las entidades de derecho público porque su relación no es laboral.

Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá D.C. veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación 580. Consulta sobre honorarios de los Concejales.

El Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

> El Ministerio de Gobierno a solicitud del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C. consulta a esa H. Sala el tema de los honorarios para los Concejales previas las siguientes CONSIDERACIONES:
>
> 1. El artículo 34 del Decreto Ley 1421 de 1993, "Estatuto del Distrito" establece que a los concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a la sesiones plenarias y a las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquellas.
>
> 2. El artículo 29 del mismo decreto determina las incompatibilidades de los concejales.
>
> 3. La Constitución en el artículo 128 prohibe la doble asignación excepto en los casos que determine la ley.
>
> 4. La ley 4a. de 1992 en el articulo 19 establece las excepciones al principio general consagrado en la constitución en el citado artículo 128, en cuanto prohibe la doble asignación.
>
> Con fundamento en las normas expuestas se consulta:
>
> a. Habida consideración de que jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de cargos en órganos y entidades del estado es taxativo y de interpretación restrictiva, debe entenderse que los concejales pueden ejercer la profesión de abogado, salvo en los eventos expresamente establecidos en el artículo 29 del Decreto 1421 de 1993?
>
> Si en el ejercicio de la abogacía el Concejal actuará como apoderado de una entidad pública, distinta a las entidades a que se refiere el artículo 29 citado, los honorarios que recibiera por la presentación de estos servicios profesionales, sería incompatibles con los que percibe en su calidad de Concejal de Acuerdo con la prohibición establecida en el artículo 128 de la Carta Política?
>
> b. Los honorarios de los Concejales son incompatibles con la pensión de jubilación que reciban de una entidad descentralizada distrital?

c. Para efectos de establecer los casos en que pudiera vulnerarse la disposición constitucional establecida en el artículo 128 , que debe entenderse, con carácter general, por **"asignaciones"** provenientes del Tesoro Público?

Lo son cualesquiera suma de dinero que el funcionario reciba de algunas de las entidades citadas en el artículo 128 de la Constitución, sin importar la causa que las origine y la periodicidad con que se paguen?

LA SALA CONSIDERA:

1. De conformidad con el artículo 150, numeral 19, letras e) y f), de la Constitución Nacional, corresponde al congreso dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno **para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, de la fuerza pública y de los trabajadores oficiales.**

2. Con fundamento en dichas disposiciones el Congreso expidió la Ley 4a. de 1992 como marco para que el gobierno fijara el régimen salarial y prestacional de:

"a. **Los empleados públicos** de la Rama ejecutiva nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

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;

c. **Los miembros** del Congreso Nacional, y

d. **Los miembros** de la fuerza pública. (artículo 1) (Subraya la Sala).

3. El artículo 128 de la Constitución Política prescribe que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un **empleo público** ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de entidades en las que tenga parte mayoritaria el Estado, con las excepciones que determine el legislador.

Esta disposición fue reproducida por el artículo 19 de la Ley 4a. de 1992, en el que se previeron algunas excepciones mediante las cuales es posible recibir dos asignaciones del Tesoro Público, a saber:

"a. Los que reciben los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b. Los percibidos por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública;

c. Los apercibidos por concepto de sustitución pensional;

d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.;

f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados".

Del examen de las anteriores disposiciones se deduce que ellas se refieren exclusivamente al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Así, la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleados en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos.

De donde se concluye que las asignaciones mencionadas en dichas normas comprende los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado.

4. Respecto de los concejales, el inciso 2o. del artículo 312 de la Constitución Nacional, prevé que la ley determinará sus calidades, inhabilidades e incompatibilidades y la época que deben sesionar los Concejos, además dispone que **los Concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.**

El inciso tercero *ibídem*, establece que la ley podrá determinar los casos en que los concejales tengan derecho a **honorarios** por su asistencia a sesiones.

Según estas normas, los concejales ostetan la calidad de servidores públicos que señala el artículo 123 de la Constitución pero si que por ello adquiera la investidura de empleados públicos del Estado. Cumplen como particulares una función pública de manera que el régimen que los gobierna es especial y diferente al de los empleados públicos.

Excepcionalmente pueden percibir honorarios de conformidad con la ley, como compensación o retribución por su labor, sin que ello implique que gozan de un asignación por que no son empleados y no tienen ninguna relación o vínculo laboral con el Estado; por lo mismo, no tienen derecho a que se les reconozca prestaciones sociales ni a ninguna prerrogativa prevista por la ley para los empleados oficiales, por ejemplo, el tiempo durante el cual ostentan la calidad de concejales no se computará para efectos de la pensión de jubilación.

5. El Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, expidió el Decreto-Ley 1421 de 1993, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.En el artículo 29 determinó que está prohibido a los Concejales:

"1. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante **las entidades distritales** o ser apoderados de las mismas o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, y

2. Ser apoderados o defensores en los procesos en que sean **parte el Distrito, sus entidades descentralizadas o cualesquiera otras personas jurídicas en las que aquel o éstas tengan participación**". (Subraya la Sala).

El artículo 30 *ibídem*, señala las excepciones a las anteriores prohibiciones, a saber:

"Directamente o por medio de apoderado, los concejales podrán actuar:

1. En las diligencias o gestiones administrativas o judiciales en las cuales, conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, compañera o compañero permanente, sus padres o sus hijos tengan interés;

2. En los reclamos que presenten por el cobro de tributos, contribuciones, impuestos, sobretasas, tarifas y multas que graven a las mismas personas, y

3. En la celebración de aquellos contratos que las entidades distritales ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten. También podrán utilizar en las mismas condiciones los bienes y servicios distritales".

6. El artículo 34 del citado estatuto ordena reconocer honorarios a los concejales del Distrito Capital por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que se realicen en días distintos a las plenarias. Por cada sesión a la que asistan los honorarios serán iguales a la remuneración mensual del Alcalde Mayor dividida por veinte. Estos honorarios mensuales no podrán exceder de la remuneración mensual de dicho funcionario.

7. Así las cosas, como los Concejales del Distrito Capital no son empleados públicos, perciben honorarios que no tiene el carácter de asignación sino que son una mera compensación o retribución por sus servicios y, como no están sujetas a las prohibiciones del artículo 19 de la Ley 4a. de 1992, dichos honorarios son compatibles con la pensión de jubilación proveniente del Tesoro Público.

Además, sus incompatibilidades están previstas en el artículo 29 del Decreto-Ley 1421 de 1993, en el que sólo se prohibe que ejerzan la profesión de abogado ante el Distrito Capital, sus entidades descentralizadas u otros personas jurídicas en las que aquel o éstas tengan participación. Es claro que esta prohibición es restrictiva y, por lo mismo, no puede hacerse extensiva al ejercicio profesional ante otras entidades no señaladas en la citada norma.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Gobierno:

1. Los Concejales no son empleados públicos; por este motivo pueden ejercer la profesión de abogado. Específicamente los concejales del Distrito Capital , lo pueden hacer con las restricciones establecidas en el artículo 29 de la Ley 4a. de 1992.

2. El artículo 128 de la Constitución Nacional se aplica a los empleados públicos y la prohibición de doble asignación tiene que ver con relaciones de índole laboral; por lo mismo, salvo las prohibiciones del artículo 29 de la Ley 4a. de 1992, los concejales pueden percibir simultáneamente honorarios profesionales en ejercicio de la abogacía y los honorarios respectivos por su actuación en las sesiones del Concejo.

3. Los honorarios de los Concejales no son incompatibilidades con la pensión de jubilación que reciban de una entidad descentralizada distrital por que no tienen carácter de asignación en los términos del artículo 128 de la Constitución y del artículo 19 de la Ley 4a. de 1992.

4. El término asignación proveniente del Tesoro Público en el sentido provisto en el artículo 128 de la Constitución Nacional, corresponde a toda **remuneración, sueldo** o **prestación,** reconocido a los empleados o trabajadores del Estado, en razón de una vinculación laboral, bien sea legal o reglamentaria o por contrato de trabajo. De manera que los funcionarios públicos sólo pueden recibir asignaciones; a su turno los particulares sólo perciben honorarios, cuando prestan algún servicio a las entidades de derecho público porque su relación no es laboral.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de Sala.

Autorizada la publicación el 11 de febrero de 1994.

BANCO DE LA REPUBLICA - Naturaleza Jurídica/**ORGANISMO ESTATAL DE RANGO CONSTITUCIONAL/IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL** - Improcedencia/**BANCO DE LA REPUBLICA** - Funciones/**ISS** -Aportes Patronales

> **Como el banco de la república es persona jurídica distinta de la Nación, las entidades territoriales y los establecimientos públicos, que son los sujetos pasivos del impuesto de previsión social establecido en el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1966, los pagos que realice por toda cuenta o nómina, no causan dicho impuesto. Al no generarse el impuesto, la entidad no está obligada a recaudarlo. Mientras los empleados y trabajadores del Banco de la República estén afiliados al Instituto de Seguros Sociales, el Banco deberá efectuar los pagos correspondientes a los aportes patronales, de conformidad con las normas vigentes que regulan la materia, con el fin de contribuir al pago de las prestaciones sociales de dichos servidores. En el mismo sentido, si la Caja de Previsión Social del Banco de la República se reorganiza y asume el pago de las pensiones de los empleados y trabajadores de esta entidad bancaria, los aportes para financiamiento le deberán ser girados directamente.**

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 581. Consulta acerca de si el Banco de la República está obligado a retener y cancelar el impuesto de previsión social.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Luis Fernando Ramírez Acuña, hace a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El impuesto de Previsión Social, denominación que le fue dada en el Decreto 3123 de 1969, reglamentario de la Ley 4a. de 1966 que lo creó, tiene por objeto la contribución al financiamiento de las prestaciones sociales del sector oficial, cuyo personal se encuentra afiliado a las entidades de previsión o de seguridad social.

2. De acuerdo con los estatutos legales citados, las entidades obligadas al recaudo y pago del referido impuesto, por tener afiliados a sus servidores a los distintos entes de previsión o de seguridad social o en los que los sustituyan, son;

La Nación , los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, municipios corregimientos, inspecciones de policía, e institutos y empresas (sic) descentralizadas (artículos: 1o. de la Ley 4a. de 1966 y su Decreto Reglamentario 3123 de 1966.

3. Conforme a lo previsto en los artículos 6o. y 13 de la Ley 33 de 1985 y 1o. literales a) y d) del Decreto Reglamentario 3123 de 1966, son entidades beneficiarias del impuesto: Las Cajas de Previsión o Entidades de Seguridad Social, o en su defecto, las entidades pagadoras de prestaciones sociales, debiéndose entender que éstas, son las que tienen el mismo objeto social que aquéllas.

4. El Banco de la República, nacionalizado por la disposición de la Ley 7a. de 1973, en armonía con el Decreto 2617 del mismo año, ostentaba la naturaleza jurídica de entidad de derecho público económico.

5. Según el ordenamiento contenido en el artículo 371 de la Constitución Política, el Banco de la República ejercerá las funciones de banca central y estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Por su parte, el artículo 1o. de la Ley 31 de 1992, dispone: El Banco de la República, es una persona jurídica de derecho público y continuará funcionando como **organismo estatal** de rango constitucional.

6. La parte final del inciso primero del artículo 372 de la Constitución Política prevé que la órbita del Banco de la República es nacional.

7. Conforme a los artículos 102 y 1o. y 101 de la Constitución, la Nación forma parte del Estado.

8. Los artículos 43 y 44 de la Ley 31 de 1992, estatuyen que el Banco de la República está facultado para reorganizar su propia Caja de Previsión Social.

9. El Instituto de Seguros Sociales es una entidad de previsión y seguridad social, de acuerdo con lo regulado por el Decreto 2148 de 1992, artículos 2o. y 3o., numerales 3o. y 4o., en armonía con el artículo 48 de la Constitución Política.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el señor Ministro solicita concepto de la Sala sobre los siguientes puntos:

a) Si la finalidad del **Impuesto de Previsión Social** es la de contribuir al financiamiento de las prestaciones sociales del sector oficial, cuyo personal se encuentre afiliado a entidades de previsión o de seguridad social, al desarrollar el Banco de la República funciones propias de banca central, conforme a la Constitución Política y a la ley, (más no las propias de las entidades de previsión y seguridad social), podría retener y autocancelarse el referido impuesto, no obstante tener afiliados a sus trabajadores al Instituto como entidad de previsión y de seguridad social y, por lo mismo, como subrogatoria del Banco en el pago de prestaciones sociales de sus trabajadores, conforme a los reglamentos del instituto?

b) Desde el año de 1973 el Banco de la República ostentaba la naturaleza jurídica de entidad de derecho público y, actualmente, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política, es una persona jurídica de derecho público, cuyo funcionamiento es el de organismo estatal. Como tal y al ser una institución bancaria, forma parte de la Nación y , por lo mismo, del Estado.

Por la razón anterior, el citado Banco está obligado a recaudar y cancelar al Instituto de Seguros Sociales, entidad de previsión y seguridad social a la que tiene afiliado a sus trabajadores, el Impuesto de Previsión Social de que trata la Ley 4a. de 1966, su Decreto Reglamentario 3123 del mismo año y la Ley 33 de 1985?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. Origen y características del impuesto de previsión social.-El tributo creado por la Ley 4a. de 1966, con el fin de contribuir al funcionamiento económico de las Cajas de Previsión Social y de las entidades pagadoras de pensiones de jubilación e invalidez de los empleados oficiales, conocido con el nombre de impuesto de previsión social, se genera sobre toda cuenta o nómina que paguen por cualquier concepto, según el lenguaje empleado por el artículo 1o. de la mencionada ley, las siguientes entidades públicas:

> La Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá, Municipios, Inspecciones de Policía e Institutos Descentralizados.

Cuando se estableció el impuesto mencionado, el Banco de la República no estaba gravado. Más aún si se considera que el proceso de nacionalización de su capital y la modificación de la naturaleza jurídica, no se produjo hasta el año de 1973.

Hoy en día, como consecuencia de los cambios producidos en la organización del Estado Colombiano por la Constitución Política de 1991, que erigió a las intendencias y comisarías en departamentos y convirtió a Bogotá, con el nombre de Santafé de Bogotá, en Distrito Capital, las entidades obligadas al pago del referido Impuesto, son: La Nación, los Departamentos, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, los municipios, y los establecimientos públicos, pues, como se verá en el siguiente aparte, a estos últimos se refería específicamente la Ley 4a. de 1966 cuando empleaba la expresión "Institutos descentralizados".

El valor del impuesto, liquidado sobre las cuentas y nóminas que paguen por cualquier concepto las aludidas entidades estatales, fue inicialmente de diez centavos moneda corriente, por cada cien pesos o fracción, y por disposición del artículo 5o. de la Ley 33 de 1985 es del cinco por mil (5/000) si se trata de nóminas de personal y de diez por mil (10/000) "en los demás casos".

2. **Alcance de la expresión "institutos descentralizados".-** En relación con las entidades denominadas por Ley 4a. de 1966, Institutos descentralizados, cabe reiterar el criterio expuesto en los conceptos de 11 de septiembre y 17 de octubre de 1989 (Radicaciones 303 y 316), en los cuales la Sala precisó su alcance jurídico. Tales apreciaciones, que se presentan en forma resumida, corresponden a una terminología anterior empleada por el Decreto-Ley 3130 de 1968, en el cual bajo el nombre de entidades descentralizadas quedaron comprendidos los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con aporte oficial no inferior al noventa por ciento de su capital social. Dijo entonces el Consejo de Estado:

> Cuando la Ley 4a. de 1966 dispone que los institutos descentralizados deben recaudar el impuesto de previsión social, se está refiriendo exclusivamente a los establecimientos públicos, no a las empresas industriales y comerciales del Estado, ni a las sociedades de economía mixta (...) Antes de la Reforma Administrativa de 1968, los establecimientos públicos se conocían con el nombre de institutos descentralizados y las entidades con actividades industriales y comerciales se denominaban empresas. Al instituto descentralizado se le atribuía un carácter más oficial y , por lo mismo, gozaba de menos independencias que las empresas públicas (...). Por tener las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta de cualquier orden, una solvencia financiera aceptable es por lo que el legislador consideró que no era necesario que recaudaran el impuesto mencionado, toda vez que dichas

entidades podían aportar lo necesario para el pago de las prestaciones de sus empleados (...) De suerte que, no cabe duda de que el legislador se refirió exclusivamente a los establecimientos públicos, cuando incluyó a los institutos descentralizados en el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1966, como entidades recaudadoras del impuesto de previsión social.

3. **Naturaleza jurídica del Banco de la República.** - Para que esté en condiciones de ejercer adecuadamente las funciones de banca central y de autoridad monetaria, cambiaría y crediticia, representando sus directivos "exclusivamente el interés de la nación", el Banco de la República ha sido estructurado por la Constitución Política de 1991 (artículos 371 y 372) y en su desarrollo contenido en la Ley 31 de 1992, como una entidad que dentro del Estado dispone de ciertas características, especiales y singulares, que no permiten confundirlo con las llamadas en el vocabulario anterior a las reformas Constitucional y Administrativa de 1968, institutos descentralizados o establecimientos públicos ni con ninguna de las formas que pueden adoptar, desde entonces, las conocidas genéricamente con el nombre de entidades descentralizadas, dentro de las cuales es preciso distinguir a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas estatales.

Efectivamente, el Banco de la República funciona como organismo estatal de rango constitucional, estando organizado como persona jurídica de derecho público, con régimen legal propio y de naturaleza única y especial, dotado de autonomía administrativa, patrimonial y técnica; y sujeto exclusivamente a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, la Ley 31 de 1992 y sus estatutos.

4. **Obligaciones del Banco de la República en materia de previsión social.-** Dada su naturaleza jurídica, es preciso concluir que el Banco de la República no se encuentre incurso en las previsiones del artículo 1o. de la Ley 4a. de 1966, es decir, que los pagos que realice, relativos a toda cuenta o nómina, no generan el impuesto de previsión social y, por ende, no está obligado a efectuar recaudo alguno por este concepto.

Pero si bien el Banco de la República no está obligado a recaudar el impuesto de previsión social, como medio de financiamiento para el pago de las pensiones de sus empleados, sí debe efectuar directamente los aportes patronales al instituto de Seguros Sociales, mientras ésta sea la entidad encargada de pagar las pensiones de jubilación e invalidez a dichos servidores, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre la materia.

La situación puede variar si el Banco de la República, con la aprobación de su Consejo de Administración, decide reorganizar su Caja de Previsión Social existente, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 43 de la Ley 31 de 1992. En este supuesto, a través de ella podrá atender "parte o todas las obligaciones legales,

reglamentarias y convencionales que sobre previsión social tenga o adquiera la entidad con relación a sus empleados, trabajadores y pensionados...".

De llegar a asumir completamente todo el régimen prestacional en favor de sus empleados, trabajadores y pensionados, "inclusive los riesgos y prestaciones otorgados actualmente por el Instituto de Seguros Sociales", entonces el artículo 44 *ibídem* autoriza tanto al Banco como al instituto, para convenir todas las obligaciones que implique el traslado del reconocimiento y pago de prestaciones de una entidad a otra, así como la devolución de aportes.

Reorganizada la Caja de Previsión Social -precisa la ley que se comenta- será una persona de derecho público vinculada al Banco de la República; sus actos y contratos se regirán por el derecho privado, estará exenta de los impuestos de timbre y sobre la renta y complementarios, y sus obligaciones gozarán del derecho a ser cubiertas con sumas excluidas de la masa de la liquidación de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Con fundamento en lo expuesto, se responde:

1. Como el Banco de la República es persona jurídica distinta de la Nación, las entidades territoriales y los establecimientos públicos, que son los sujetos pasivos del impuesto de previsión social establecido en el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1966, los pagos que realice por toda cuenta o nómina, no causan dicho impuesto. Al no generarse el impuesto, la entidad no está obligada a recaudarlo.

2. Mientras los empleados y trabajadores del Banco de la República estén afiliados al instituto de seguro sociales, el Banco deberá efectuar los pagos correspondientes a los aportes patronales, de conformidad con las normas vigentes que regulan la materia, con el fin de contribuir al pago de las prestaciones sociales de dichos servidores.

En el mismo sentido, si la Caja de Previsión Social del Banco de la República se reorganiza y asume el pago de las pensiones de los empleados y trabajadores de esta entidad bancaria, los aportes para financiamiento le deberán ser girados directamente.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación el 16 de febrero de 1994.

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Restructuración/**SUPRESION DE EMPLEOS /NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD/BONIFICACION/CARRERA ADMINISTRATIVA**-Inscripción/**REVOCATORIA DIRECTA**-Consentimiento

Los artículos 5o. y 6o. de la Ley 61 de 1987 no quitaron a los servidores públicos que ejercen cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, en carácter de empleados provisionales. En consecuencia, todos los empleados provisionales que, al entrar en vigencia el Decreto 2119 de 1992, ejercían cargos de jerarquía igual o inferior a Jefe de Sección, al ser suprimidos estos, tienen derecho a percibir la bonificación prescrita por el artículo 55 del mismo decreto. Los empleados provisionales tienen derecho a percibir la indicada bonificación "a partir de la última o única vinculación". Es decir, desde cuando el empleado entró al servicio, si no ha habido solución de continuidad, o desde la última vinculación, en caso positivo, sin tener en cuenta ni las reestructuraciones que hubiera efectuado el Ministerio ni otras interpretaciones. Si por error quedó inscrito en la carrera administrativa como ascendido, un empleado que no tiene derecho a ella, en principio, se le debe reconocer y pagar la indemnización prescrita por el artículo 53 del Decreto 2119 de 1992. Sin embargo, el error se puede rectificar mediante revocación del acto con el consentimiento expreso y por escrito del empleado, o mediante decisión judicial proferida en proceso adelantado con audiencia del interesado.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 560. Consulta del Ministerio de Minas y Energía respecto de la bonificación a algunos exfuncionarios retirados del servicio por razón de la restructuración.

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

"1. El Gobierno Nacional, con fundamento en las atribuciones conferidas en el artículo 20 transitorio de la Carta Política de 1991, expidió el Decreto-Ley 2119 de 1992, "por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía , el Instituto de Asuntos Nucleares-IAN- y Minerales de Colombia S.A.-MINERALCO-".

2. El artículo 55 del mencionado decreto contempla el pago de bonificaciones para los empleados públicos con nombramiento provisional, en los siguientes términos:

> "ARTICULO 55. De los Empleados Públicos con nombramiento provisional- Los empleados públicos que hayan sido nombrados provisionalmente para desempeñar cargos, de carrera administrativa, que en la planta de personal de la entidad tengan una categoría igual o inferior a la de Jefe de Sección, o su equivalente, a quienes se les suprima el cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad en desarrollo del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, tendrán derecho al pago de una bonificación equivalente a 30 días de salario por cada año de servicios continuos y proporcionalmente por fracción".

3. El artículo 56 *ibídem* dispone que "para los efectos previstos en el régimen de indemnizaciones o bonificaciones, el tiempo de servicio continuo se contabilizará a partir de la fecha de la última o única vinculación del empleado con el Ministerio de Minas y Energía".

La Consejería para la Modernización del Estado, invocando la directiva presidencial número 2 del 28 de enero de 1993, y con el fin de absolver diversos interrogantes formulados por las entidades estatales, emitió un boletín en febrero del año en curso, denominado "Aplicación de las disposiciones laborales transitorias contenidas en los decretos expedidos con base en las atribuciones del artículo transitorio 20 de la Constitución Política", cuyo literal b., numeral III señala:

> "Se debe garantizar que el nombramiento provisional se haya producido con posterioridad a la vigencia de la Ley 61 de 1987, ya que los nombramientos provisionales hechos con anterioridad a la norma se convirtieron en ordinarios si el empleado no ejerció el derecho a ser inscrito en carrera, tal como lo preven los artículos 5 y 6 de la Ley 61 de 1987".

SE CONSULTA:

Primero: Es válido dar aplicación a los artículos 5o. y 6o. de la Ley 61 de 1987, para efectos del reconocimiento de la bonificación prevista en el Decreto-Ley 2119 de 1992, no obstante, ser ésta última una norma posterior, de carácter especial (por cuanto sólo se aplica a los funcionarios de los organismos objeto de reestructuración), y más favorable para los trabajadores, pues en ella no se previó como excepción el que los nombramientos provisionales se hubieran producido con posterioridad a la vigencia de la Ley 61 de 1987?.

Segundo: De resultar conducente la aplicación de la ley 61 de 1987, en que situación se encontrarían los funcionarios que durante los términos previstos en la mencionada ley no ejercieron el derecho a ser inscritos en la carrera administrativa, pero que, con posterioridad a 1987, fueron incorporados en la planta de personal por efectos de alguna restructuración o que por altos administrativos fueron nombrados en otros cargos o "ascendidos" (según la resolución o decreto), sin que para ello hubiera mediado concurso?.

Tercero: De tener derecho tales exfuncionarios a la bonificación, qué tiempo de servicio debe ser contabilizado: el transcurrido desde la vinculación inicial a la entidad?. El causado a partir de la incorporación por restructuración sufrida con posterioridad a 1987 o el originado con la posesión en el cargo para el que fue nombrado o ascendido con posterioridad a este año?.

Cuarto: Es factible que los exfuncionarios tengan derecho a la indemnización (artículo 53 del Decreto 2119 de 1992) mas no a la bonificación, por el hecho de que en los actos administrativos, la entidad hubiera denominado "Ascenso" la provisión de cargos de superior jerarquía con funcionarios vinculados a la planta, sin que para ello hubiese mediado el concurso respectivo?. La errónea denominación en el acto administrativo faculta a tales funcionarios a permanecer o inscribirse en la carrera administrativa?".

LA SALA CONSIDERA:

1. El artículo 55 del Decreto 2119 de 1992, "por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- y Minerales de Colombia S.A." prescribe textualmente:

> "ARTICULO 55. De los empleados públicos con nombramiento provisional.- Los empleados públicos que hayan sido nombrados provisionalmente para desempeñar cargos de carrera administrativa, que en la planta de personal de la entidad tengan una categoría igual o inferior a la de Jefe de Sección o su equivalente, a quienes se les suprima el cargo como consecuencia de la restructuración de la entidad en desarrollo del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, tendrán derecho al pago de una bonificación equivalente a 30 días de salario por cada año de servicios continuos y proporcionalmente por fracción".

2o.- Según el contexto de la consulta, "la Consejería para la Modernización del Estado, invocando la Directiva Presidencial No. 2 del 28 de enero de 1993... emitió un boletín en febrero del año en curso" que denominó "Aplicaciones de las disposiciones laborales transitorias contenidas en los decretos expedidos, con base en las atribuciones del artículo transitorio 20 de la Constitución Política", cuyo literal b) numeral III, textualmente dispuso que, para dar aplicación al artículo 55 del Decreto 2119 de 1992, "se debe garantizar que el nombramiento provisional se haya producido con posterioridad a la vigencia de la Ley 61 de 1987, ya que los nombramientos provisionales hechos con anterioridad a la norma se convirtieron en ordinarios si el empleado no ejerció el derecho a ser inscrito en carrera, tal como lo preven los artículos 5 y 6 de la Ley 61 de 1987".

3o.- La Sala considera, en primer término, que el Decreto 2119 de 1992 expedido por el Gobierno con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución, tiene fuerza legislativa y es, por lo mismo, de mayor jerarquía que la directiva presidencial y el boletín de la "Consejería para la Modernización del Estado" a que alude la consulta. En consecuencia, en caso de oposición entre éstos y el Decreto 2119 de 1992, la última disposición debe prevalecer; además, estima que el problema consiste en la interpretación de los artículos 5o. y 6o. de la Ley 61 de 1987, en relación con el Decreto 2119 de 1992.

4o.- La Sala considera que el artículo 55 del Decreto 2119 de 1992 dispone que las personas nombradas "provisionalmente para desempeñar cargos de carrera administrativa", con categoría igual o inferior a la de jefe de sección, cuyos empleos se supriman, tienen derecho a percibir "una bonificación equivalente a 30 días de salario por cada año de servicios continuos y proporcionalmente por fracción".

De manera que, para que sea procedente el reconocimiento de la bonificación, es menester que los beneficiarios, cuando entró en vigencia el Decreto 2119 de 1992 desempeñaran provisionalmente un cargo de carrera administrativa -que fuera suprimido- con nivel igual o inferior al de jefe de sección.

5o.- El artículo 1o. de la Ley 61 de 1987 determinó los cargos nacionales de libre nombramiento y remoción y dispuso que "son de carrera los demás empleos no señalados como de libre nombramiento y remoción".

Además, según el artículo 4o. de la misma ley, "la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario", y los de carrera "previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso y por nombramiento provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio" (incisos 1o. y 2o.).

La misma disposición agrega que el nombramiento provisional "no podrá tener una duración superior a cuatro meses, salvo cuando se trate de proveer empleos cuyo

titular (sic) se encuentre en comisión de estudios, o cuando el Consejo Superior del Servicio Civil lo prorrogue a solicitud debidamente motivada de la entidad interesada"; pero, el acto que disponga la única prórroga debe determinar su duración que no puede exceder de cuatro meses (inciso 3o.).

Sin embargo, a quienes desempeñaban cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, al entrar en vigencia la Ley 61 de 1987, les concedió el plazo de un año para que acreditaran los requisitos y después solicitar su inscripción en la carrera administrativa; pero, si el cargo no estaba incluído en el manual de requisitos, el término para ello se amplió en seis meses contados a partir de la fecha en que el Gobierno los incluyera, "para lo cual tendrá un término de doce (12) meses" contados desde la fecha de promulgación de la ley (artículo 5o. de la Ley 61 de 1987).

Además, si los empleados que desempeñen cargos de carrera con nombramiento provisional no demuestran, en los plazos indicados, que reúnen los requisitos para ser inscritos en la carrera administrativa, "quedarán como de libre nombramiento y remoción, pero si continúan el 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". Pero, a los empleados con cinco o más años de servicios a la entidad, se les reconoció el derecho a ser inscritos en la carrera, siempre que para el ejercicio de las funciones correspondientes al cargo no se exigiera "título profesional correspondiente a una carrera reglamentada" (artículo 6o. de la Ley 61 de 1987).

6o.- Lo expuesto significa que, según los artículos 4o., 5o. y 6o. de la Ley 61 de 1987, las personas que ejercían cargos de carrera sin estar inscritos en ella tenían nombramiento provisional; que éste tenía una duración de cuatro meses prorrogables por igual lapso; que la Ley 61 de 1987 les concedió, a quienes desempeñaban esos cargos, un plazo prudencial para allegar los requisitos necesarios para ser inscritos en la carrera y que los empleados que no los presentaron, sin perder su condición de provisionales, con posibilidad de acreditar los requisitos necesarios para ser inscritos en la carrera quedaron como los de libre nombramiento y remoción.

7o.- La Sala agrega que los cargos - y no los empleados - son de carrera o de libre nombramiento y remoción (artículos 1o. de la Ley 61 de 1987, y 4o. de la Ley 27 de 1992) y, que en el caso de los empleados a que se refiere el artículo 6o. de la Ley 61 de 1987, que son provisionales porque ejercen cargos de carrera, al no haber acreditado requisitos para su inscripción en la carrera en el plazo excepcional o de gracia que les dio la ley, la misma dispuso que, a su vencimiento, podían ser removidos libremente, como sucede con los empleados que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción.

8o.- En consecuencia, la Sala no considera acertada la interpretación que la Consejería para la Modernización del Estado hizo de la Ley 61 de 1987 y del artículo 55 del Decreto 2119 de 1992. Porque el artículo 6o. de la mencionada ley no les quitó

a los empleados provisionales -que desempeñaban cargos de carrera- el carácter de tales y, por lo mismo, los que estaban en esa situación jurídica, en los niveles iguales o inferiores a jefe de sección, al entrar en vigencia el artículo 55 del Decreto 2119 de 1992, ante la suspensión de los cargos que ejercían, tienen "derecho al pago de una bonificación", es decir, desde cuando el empleado entró al servicio, si no ha habido solución de continuidad, o desde la última vinculación, en caso positivo, sin tener en cuenta ni las reestructuraciones que se hubieran efectuado del Ministerio ni otras interpretaciones.

Con fundamento en lo expuesto, LA SALA RESPONDE:

1o.- Los artículos 5o. y 6o. de la Ley 61 de 1987 no quitaron a los servidores públicos que ejercen cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, el carácter de empleados provisionales. En consecuencia, todos los empleados provisionales que, al entrar en vigencia el Decreto 2119 de 1992, ejercían cargos de jerarquía igual o inferior a jefe de sección, al ser suprimidos estos, tienen derecho a percibir la bonificación prescrita por el artículo 55 del mismo decreto.

2o.- Los empleados provisionales tienen derecho a percibir la indicada bonificación "a partir de la última o única vinculación". Es decir, desde cuando el empleado entró al servicio, si no ha habido solución de continuidad, o desde la última vinculación, en caso positivo, sin tener en cuenta ni las reestructuraciones que hubiera efectuado el ministerio ni otras interpretaciones.

3o.- Si por error quedó inscrito en la carrera administrativa, como ascendido, un empleado que no tiene derecho a ella, en principio se le debe reconocer y pagar la indemnización prescrita por el artículo 53 del Decreto 2119 de 1992.

Sin embargo, el error se puede rectificar mediante revocación del acto con el consentimiento expreso, y por escrito, del empleado, o mediante decisión judicial proferida en proceso adelantado con audiencia del interesado.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada la publicación el 22 de febrero de 1994.

FONDO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTISTA COLOMBIANO-Funciones/**ACTIVIDAD CONTRACTUAL/IMPUESTO ESPECIAL**-Recaudo/ **PROFESIONAL DEL ARTE**-Requisitos/**CONSEJO ASESOR PARA LA PROFESIONALIZACION DEL ARTISTA**-Funciones/**ARTISTA EXTRANJERO/OBLIGACION TRIBUTARIA**-Sujeto/**RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

El pago exigido con base en la actividad contractual consagrada por el artículo 2o. de la Ley 25 de 1985 tiene naturaleza de impuesto especial, es competencia del Fondo de Seguridad Social establecer los correspondientes mecanismos de recaudo y su producto ingresa directamente al patrimonio de aquel. La calificación de profesional del arte por parte del Consejo Asesor para la Profesionalización del Artista y la expedición del artista calificado de la tarjeta correspondiente, por parte del Ministerio de Educación Nacional, son requisitos exigidos para determinar el sujeto de la obligación tributaria prevista por el artículo 2o., numeral III de la Ley 25 de 1985. A satisfacer la misma exigencia conduce la inscripción del empresario en el Registro del Fondo de Seguridad Social prescrita por el artículo 18 del Decreto-Ley 2166 de 1985. Determinados así el empresario y el artista contratado resultan ser responsables solidarios del pago del correspondiente impuesto. Cuantía de aporte gremiales, de derechos de autor y mecanismos de cobro corresponde determinarlos a la entidad gremial reconocida legalmente, por lo cual sólo ésta puede dar fe ante el Fondo del pago de los mismos, sin que corresponda al Fondo otra atribución que la de requerir la presentación del respectivo paz y salvo, para efectos de ejecución de todo contrato

artístico celebrado con artista extranjero. No es posible constituir el Fondo de Seguridad Social en entidad agrupadora ante el I.S.S., de los artistas afiliados, porque no fue la función atribuída por la Ley 21 de 1985 y por el Decreto 2166 del mismo año, sino la de organizar y administrar su régimen de seguridad social, de conformidad con los reglamentos especiales que dictara el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D. E., treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación No. 317. Consulta de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social sobre: "Diversos aspectos jurídicos relacionados con el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano".

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social envió a la Sala la siguiente consulta:

"... Me permito elevar consulta ante esa Honorable Corporación, en relación con los siguientes tópicos, referentes al Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano: naturaleza jurídica de algunos de los recursos que integran el patrimonio del Fondo; reglamentación de los llamados "aportes gremiales"; y competencia para determinar la forma de seguridad social a brindar a los afiliados.

ANTECEDENTES LEGALES

1.- El Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, creado por medio de la Ley 25/85. Sus normas complementarias son los Decretos 2166 de 1985, 1874 de 1987, 214 de 1988 y 340 de 1988.

Corresponde al Fondo, principalmente, la organización y administración del Régimen de Seguridad Social a que tengan derecho sus afiliados.

2.- De acuerdo con la Ley 25/85 el patrimonio del Fondo está constituído por, entre los "... siguientes **aportes:** (subrayado mío).

I. Con las cuotas que deben pagar periódicamente sus afiliados.

II. Con el uno por ciento (1%) del valor de todo contrato que debe ejecutarse en el país por parte de artistas colombianos, y el cinco por ciento (5%) del valor de los que deben ejecutarse por parte de artistas extranjeros no domiciliados en el país.

3.- Los artículos 19 y 22 del Decreto 2166/85 establecen:

Artículo 19: "A partir de la fecha de vigencia del presente decreto todo contrato artístico que se celebre con **artistas nacionales** causará un **impuesto,** a favor del Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, equivalente al 1% del valor del contrato ..." (subrayados míos).

Artículo 22: "A partir de la fecha de vigencia del presente decreto, todo contrato artístico que se celebre con artistas extranjeros, no domiciliados en el país causará un **impuesto,** a favor del Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, equivalente al 5% del valor del contrato..." (subrayado mío).

4.- El artículo 3o. del Decreto 2166/85 establece:

"Son funciones del consejo asesor... b) estudiar y emitir conceptos sobre las solicitudes que presenten los artistas, para ser calificados como profesionales".

5.- El artículo 6o. del Decreto 2166/85 indica:

"El Fondo cumplirá las siguientes funciones ..." d) establecer los mecanismos de recaudo y control de los aportes y demás ingresos que la ley establece".

6.- El artículo 24 del Decreto 2166/85 reza así:

"Los contratos que se celebren con artistas extranjeros para hacer presentaciones artísticas dentro del país, deberán cumplir los siguientes requisitos ... d) haber obtenido y presentarlo, el paz y salvo por concepto de pagos de **aportes gremiales y derechos de autor".** (Subrayado lo mío).

Con base en los anteriores antecedentes legales, y en el conjunto total de normas que regulan la actividad del Fondo, elevo la siguiente

CONSULTA

A. **En cuanto al patrimonio del Fondo:**

Habiendo dado la Ley 25 de 1985 el carácter de "aportes" a los recursos que integran el patrimonio del Fondo; y teniendo presente que el Decreto 2166/85 los denominó "Impuestos", preguntó:

1. Qué naturaleza jurídica tienen, finalmente, estos recursos? La de aportes o la de impuestos?

2. Cualquiera que ella sea, ingresan al patrimonio del Fondo, o hacen parte del Erario Público?

3. Es competente el Fondo para reglamentar el recaudo de dichas sumas?

B. **En cuanto al cobro de los impuestos del 1%.**

Teniendo en cuenta la existencia y funciones del Consejo Asesor para la profesionalización del Artista Colombiano, pregunto:

1. ¿En el evento de ser competente el Fondo para reglamentar y recaudar el impuesto del uno por ciento (1%) ¿En todo contrato celebrado con **artistas nacionales**, es menester que tales artistas hayan gestionado y obtenido **previamente** el concepto favorable, por parte del Consejo Asesor, respecto de su calidad de profesional del arte?.

2. ¿Resulta necesario, también, que dichas artistas, obtengan previamente la tarjeta profesional a que se refiere la ley?.

3. Siendo necesario determinar claramente los sujetos de las obligaciones tributarias, le es dable al Fondo determinarlos en el caso de los impuestos del uno (1) y cinco (5) por ciento, en los contratos con artistas nacionales y extranjeros?. Esto es, ¿Puede el Fondo radicar en cabeza, bien de los empresarios o promotores artísticos, bien de los artistas, o de ambos conjuntamente, la obligación de pagar dichos impuestos o aportes?.

C. **En lo que al pago de "Aportes Gremiales" se refiere:**

El artículo 24 del decreto 2166/85 hace referencia al paz y salvo por concepto de pago de "aportes gremiales" y derechos de autor. De estos últimos se encarga SAYCO (Sociedad de Autores y Compositores de Colombia). Pregunto:

1. No siendo parte del patrimonio del Fondo los llamados "aportes gremiales", puede éste reglamentar lo relativo a:

1. a. Fijación de las tarifas que componen dichos aportes?.

1. b. Señalamiento de los mecanismos de recaudo?.

1. c. Determinar los gremios o entidades gremiales, competentes, para cobrar y recaudar los "aportes"?

D. **En cuanto al tipo de Seguridad Social que brindará el Fondo:**

El numeral tercero del artículo primero de la Ley 25/85 dice así, en su parte pertinente: ... III. Crear el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano **como una entidad de previsión social...**. De otro lado, el literal a) del artículo 7o. del Decreto 2166/85 (transcrito atrás) le señala al Fondo, como una de sus funciones, la de organizar el Régimen de Seguridad Social para sus afiliados. Pregunto:

Puede el Fondo, no obstante su calidad de entidad de previsión social, establecer un régimen de seguridad social consistente en ser entidad agrupadora, de los artistas afiliados, ante el I.S.S.? Vale la pena informar que en esta hipótesis, la labor del Fondo consistiría, además, en subsumir un porcentaje del total que al

artista tocaría pagar al I.S.S., en caso de inscribirse como trabajador independiente".

CONSIDERACIONES:

El Gobierno, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 25 de 1985 expidió el Decreto No. 2166 de 1985, por el cual creó el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, como establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (artículo 5o.). Fue creado por el mismo decreto el Consejo Asesor para la Profesionalización del Artista, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, con la función de "establecer los requisitos que permitan calificar la condición de profesional del arte" y la de "estudiar y emitir conceptos sobre las solicitudes que presenten los artistas para ser calificados como profesionales" (artículos 2o. y 3o., apartes a) y b).

A dicho Ministerio, a su vez, le atribuyó la expedición de la tarjeta que acredita como profesional del arte, previas calificación del Consejo Asesor y certificación de afiliación al Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano (artículo 4o.). Repitió el decreto, en los mismos términos de la Ley 25, la atribución al Fondo de "organizar y administrar el Régimen de Seguridad Social a que tengan derecho sus afiliados, de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia", la de "determinar la estructura y los sistemas de atención de los servicios y las condiciones según las cuales los socios pueden beneficiarse de ellos, siempre y cuando sean compatibles con la ley; la de "establecer los mecanismos de recaudo y control de los aportes y demás ingresos que la ley establece" y la de "expedir, con la aprobación del Gobierno Nacional, sus estatutos y reglamentos para la atención de las prestaciones y servicios a su cargo" (artículo 7o., apartes a), c), d) y h).

Se atribuyó, así mismo, a la Junta Directiva, la función de "establecer los servicios y prestaciones a que tengan derecho los afiliados y beneficiarios, reglamentando la prestación, reconocimiento y pago de los mismos, todo conforme a las disposiciones vigentes"; la de "aprobar o improbar la solicitud de inscripción en el registro de empresarios artísticos o suspender dicha inscripción por incumplimiento de las normas legales establecidas o que se establezcan"; la de "aprobar las tarifas de cotización y aportes para los diferentes servicios que preste el Fondo, con base en estudios previos que elabore para tal fin, y con la aprobación del Gobierno Nacional"; la de "señalar el orden de prelación de los servicios médicos, prestaciones, riesgos y otros servicios que hayan de asumirse y las etapas para la planeación, organización, ejecución, control y extensión progresiva de los mismos" y la de "contratar los servicios médicos asistenciales para los afiliados, de acuerdo con el orden de prelaciones establecido..." (artículo 10, apartes e), f), g), i) y n).

El patrimonio del Fondo está conformado por los aportes a que sea refiere el artículo 2o. de la Ley 25 de 1989 y por los demás bienes que adquiera a cualquier título

(artículo 16); dichos aportes, causados como impuestos, equivalen al uno por ciento del valor de todo contrato artístico que se celebre con artistas nacionales y al cinco por ciento del celebrado con artistas extranjeros y la certificación de su pago y expedición de recibo por parte del Fondo constituyen requisitos de ejecución del respectivo contrato, según los artículos 19 a 23 y 24, aparte d) del decreto en cita.

Los estatutos del Fondo de Seguridad Social, adoptados por la Junta Directiva mediante Acuerdo No. 001 de 1988 y aprobados por Decreto Ejecutivo No. 0214 del mismo año, reiteraron, a su turno, como objetivos y funciones del Fondo, los de "organizar y administrar la seguridad social a que tienen derecho sus afiliados de conformidad con la legislación vigente sobre la materia y los reglamentos especiales que dice el Gobierno Nacional"; "establecer los mecanismos de recaudo y control de los aportes y demás ingresos que la ley establece" y "determinar la estructura y los sistemas de atención de los servicios y las condiciones según las cuales los socios puedan beneficiarse de ellos" (artículos 3o., apartes a., d. y b.).

Como funciones de la Junta Directiva señalaron los Estatutos las de "formular la política general del organismo y los planes y programas que conforme a las normas que prescriba el Departamento Nacional de Planeación y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social deban proponerse para la incorporación de los afiliados a los planes de seguridad social" y "establecer los servicios y prestaciones a que tengan derecho los afiliados y beneficiarios, reglamentando la prestación, reconocimiento y pago de los mismos, todo conforme a las disposiciones vigentes" (artículo 3o., apartes b. y e.).

La estructura del Fondo y las funciones de sus dependencias, fueron establecidas y determinadas mediante Acuerdo 002 de 1988, aprobado por el Decreto Ejecutivo No. 0340 del mismo año, como funciones de la División de Seguridad Social se señalan las de "organizar el sistema de seguridad social para los afiliados del Fondo, conforme a las directrices establecidas por la Junta Directiva y el Gobierno Nacional" y "coordinar la **prestación** de los servicios médicos asistenciales a los usuarios del Fondo conforme a las normas y reglamentos" (artículo 10o., apartes a. y b.).

La seguridad social a que tienen derecho los afiliados al **Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano**, es la organizada por el Fondo en uso de la atribución dada por su estatuto orgánico. Para organizarla se creó, se fijó su estructura y reguló su fun-cionamiento, sin que hasta ahora se hayan establecido, por la Junta Directiva los Servicios y Prestaciones a que tengan derecho los afiliados y beneficiarios ni reglamentado la prestación, reconocimiento y pago de los mismos, conforme a la atribución del artículo 8o., aparte e) del Decreto 2166 de 1985.

El pago exigido como base en la actividad contractual consagrada por el artículo 2o. de la Ley 25 de 1985 como materia imponible, los sujetos pasivos, la base gravable y las tarifas o tipo impositivo, permiten delimitarlo claramente en la categoría de impuesto especial, puesto que carece de contrapartida directa o beneficio personal respecto de los obligados a pagarlo y mal puede darse, por tanto, equivalencia o

proporción entre lo erogado como gravamen y beneficio alguno obtenido por el contribuyente.

Vinculados el empresario y el artista, en igualdad de circuntancias, con el presupuesto del hecho -hecho imponible- al realizar concretamente la actividad por la cual se causa la obligación tributaria, surge respecto de ambos la obligación de satisfacerla, como deudores solidarios del crédito fiscal, en situación jurídica común.

Destinado el recuso a conformar los fondos de la entidad creada por la Ley 25 de 1985, ingresa su producto directamente al Fondo de Seguridad Social como patrimonio independiente del mismo y la operación fiscal de su recaudo está delegada en el Fondo por la propia ley orgánica y por los estatutos, en cuanto lo facultan para establecer los correspondientes procedimientos del recaudo.

Los requisitos que permiten calificar la condición de profesional del arte e inscribir en el registro de Fondo de Seguridad Social toda empresa o empresarios artísticos, serán los que establezca el Consejo Asesor y la Junta Directiva del Fondo conforme a la facultad otorgada por los artículos 3o. y 18 del decreto en cita, la calificación de dicha condición es materia del concepto que debe emitir el mismo Consejo ante la solicitud del interesado y una vez emitido, corresponde al Ministerio de Educación Nacional expedir al profesional del arte calificado por el Consejo Asesor la tarjeta que así lo acredite (artículo 4o *ibídem*).

Tales calificación y tarjeta exigidos al artista para acreditar su condición y la inscripción del empresario en el Registro del Fondo, permiten, además, determinarlos como sujetos de la obligación tributaria prevista por el artículo 2o. numeral **III** de la Ley 25 de 1985, en cuanto partes del contrato que debe ejecutarse en el país y cuya ejecución conforme a lo estipulado corresponde vigilar al Fondo, por medio de la Sección de Control y Vigilancia.

Esta precisión, connatural a los alcances de la Ley 25, forzosamente conduce a concluir que el contrato objeto del gravamen, es el "contrato artístico" celebrado entre el empresario inscrito y el artista nacional o extranjero domiciliado en el país y acreditado como tal.

El celebrado con artista extranjero, no domiciliado en el país, no puede implicar la misma conclusión, en cuanto su condición de artista no deriva de la calificación del Consejo Asesor para la profesionalización del artista ni se acredita con la tarjeta expedida por el Ministerio de Educación Nacional. De todos modos, la ejecución del contrato sólo puede iniciarse cuando el Fondo certifica el pago del correspondiente impuesto, al tenor del artículo 24 del Decreto 2166 de 1985, pago del cual son responsables solidarios, según se vio el empresario y el artista contratado.

El requisito que el mismo artículo establece respecto al paz y salvo por concepto de pagos de aportes gremiales y derechos de autor, corresponde cumplirlo a las entidades gremiales reconocidas legalmente, sin que el Fondo de Seguridad Social tenga cometido distinto de requerir la presentación de dicho paz y salvo. Cuantía de

aportes a la entidad y establecimiento de mecanismos de cobro por parte de la misma son de su iniciativa, conforme a las atribuciones que sus estatutos confieran y ajenos, por tanto a la competencia del Fondo de Seguridad Social, exclusivamente delimitadas por el decreto 2166 de 1985 y por sus propios estatutos.

Con base en las consideraciones expuestas LA SALA RESPONDE la consulta formulada, así:

I.- El pago exigido con base en la actividad contractual consagrada por el artículo 2o de la Ley 25 de 1985 tiene naturaleza de impuesto especial; es competencia del Fondo de Seguridad Social establecer los correspondientes mecanismos de recaudo y su producto ingresa directamente al patrimonio de aquél.

II.- La calificación de profesional del arte por parte del Consejo Asesor para la profesionalización del artista y la expedición al artista calificado de la tarjeta correspondiente, por parte del Ministerio de Educación Nacional, son requisitos exigidos para determinar el sujeto de la obligación tributaria prevista por el artículo 2o., numeral III de la Ley 25 de 1985.

A satisfacer la misma exigencia conduce la inscripción del empresario en el Registro del Fondo de Seguridad Social prescrita por el artículo 18 del Decreto-Ley 2166 de 1985.

Determinados así el empresario y el artista contratado resultan ser responsables solidarios del pago del correspondiente impuesto.

III.- Cuantía de aportes gremiales, de derecho de autor y mecanismos de cobro corresponden determinarlos a la entidad gremial reconocida legalmente, por lo cual sólo esta puede dar fe ante el Fondo del pago de los mismos, sin que corresponda al Fondo otra atribución que la de requerir la presentación del respectivo paz y salvo, para efectos de ejecución de todo contrato artístico celebrado con artista extranjero.

IV.- No es posible constituir el Fondo de Seguridad Social en entidad agrupadora ante el I.S.S., de los artistas afiliados, por que no fue la función atribuída por la Ley 21 de 1985 y por el Decreto 2166 del mismo año, sino la de organizar y administrar su régimen de seguridad social de conformidad con los reglamentos especiales que dictará el Gobierno Nacional.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada la publicación el 4 de marzo de 1994.

ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.- Naturaleza Jurídica/**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA/ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.**-Régimen Aplicable/**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/CONVENCION COLECTIVA**-Beneficiarios/**TRABAJADOR OFICIAL/EMPLEADO PUBLICO**-Régimen Aplicable/**ALCALIS DE COLOMBIA/JUNTA DIRECTIVA**- Facultades/**PRESTACIONES SOCIALES/CONGRESO DE LA REPUBLICA /JUNTA DIRECTIVA**-Facultades/**PRESTACIONES SOCIALES/ CONGRESO DE LA REPUBLICA/COMPETENCIA.**

Por tratarse de una sociedad de economía mixta, indirecta, del orden nacional, en la que el aporte del Instituto de Fomento Industrial (IFI) es superior al 90 del capital, ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA "ALCO LTDA"., está sometida al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. La Junta Directiva de ALCALIS DE COLOMBIA no está facultada para expedir el Plan de Beneficios y Servicios para el personal que resulte clasificado como empleados públicos, en cuanto regulen aspectos concernientes a prestaciones sociales, carrera administrativa o régimen disciplinario, toda vez que estas materias corresponden a la órbita de competencia del Congreso de la República que puede ejercer directamente, por medio de leyes (Constitución Política, artículos 76, numerales 9 y 10), o revistiendo de facultades extrordinarias al Presidente de la República en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 76 del Estatuto Fundamental del país. Es debido a ellos que los empleados públicos del orden nacional están sujetos, en las materias a que se alude en el párrafo anterior , al régimen de las Leyes 13 de 1984, 33 de 1988, los Decretos

Leyes 2400 y 3135 de 1968, 1045 de 1978, así como a las demás normas legales pertinentes. Los empleados públicos no pueden beneficiarse de las convenciones colectivas de trabajo que se pactan entre la entidad empleadora y sus trabajadores oficiales.

Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá D.C. veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 319. Consulta sobre las atribuciones de la Junta Directiva de ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA para establecer y reglamentar un plan de beneficios y servicios a su personal directivo.

El señor Ministro de Desarrollo Económico formula a la Sala la consulta que está concebida en los siguientes términos:

Obrando de conformidad con las normas constitucionales y legales, con toda atención me permito solicitar de ustedes su autorizado concepto en relación con las preguntas que en este escrito formularé:

Para mayor precisión en el asunto materia de la consulta, tengo a bien hacer una breve reseña que estimo pertinente, así:

ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA "ALCO LTDA.", es una sociedad de economía mixta, indirecta, del orden nacional, en la que el aporte del IFI supera el 90% del capital. La Superintendencia de Sociedades en oficio 3185 de 1985, señala que al tenor del artículo 99 del Código de Comercio, "... la capacidad de la persona jurídica tiene su origen en su propia ley y se manifiesta en la posibilidad que la sociedad, lleve a cabo todos los medios necesarios para la ejecución de los fines con ella perseguidos, con lo cual en ningun momento se exige que dentro de la enumeración de las actividades propias de la sociedad, deban incluirse todas las que puedan consecuencialmente derivarse de aquellas ... Así la relación directa con el objeto principal a que se refiere el artículo 99 del Código de Comercio, está dada principalmente por la relación medio-fin entre el acto celebrado en desarrollo del objeto y el objeto del mismo...".

En concepto DSD-17188 emitido por la Superintendencia de Sociedades, precisa: "...Así, todo acto que derive su existencia de la relación laboral sociedad-empleado, hace parte del objeto de la compañía, sean cuales fueren la política salarial de la empresa, las condiciones de pago del salario o las bonificaciones, gratificaciones que en un momento dado se estime necesario otorgar a los empleados...".

El Decreto 1050 de 1968, artículo 8o. define las sociedades de economía mixta; a su vez el Decreto 3130 de 1968, artículo 31 reitera la misma noción y la suje-

ción a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario. El Decreto 1045 de 1978 establece para algunas entidades descentralizadas del orden nacional, regalmentación acerca de las prestaciones sociales y/o beneficios generales para sus trabajadores, y, expresamente en su artículo primero consagra su campo de aplicación. A este respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del próximo pasado 5 de julio del año en curso, Sala de Casación Laboral, Sección II, con ponencia del doctor Rafael Baquero Borda y sin salvamento de voto se pronuncia sobre la aplicación restrictiva de esta última norma.

Estatutariamente es la Junta Directiva el órgano facultado para fijar las condiciones laborales de los empleados -artículo 25 Estatutos-. Las relaciones de trabajo de la Empresa se rigen pricipalmente por Convención Colectiva, pues "ÁLCO LTDA." cuenta con un sindicato de base que agrupa más del 70% de sus trabajadores, y el régimen de aplicación de los mismos se rige por los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogados por los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965. La actual Convención Colectiva vigente hasta junio 30 de 1990 reitera las disposiciones legales. No obstante, hay que partir de la base de que las cláusulas convencionales deben hacerse extensivas "dentro de los própios términos que ellas señalan, respetando sus particularidades y limitaciones"(Corte Suprema de Justicia, Sentencia de diciembre 5 de 1980, Radicación No. 7423).

En "ALCO LTDA.", se limita el campo de aplicación de la Convención en materia de aumento salarial, al señalar expresamente que no se aplica al personal directivo, pues, a éstos se les fija su remuneración deacuerdo con los parámetros y autorizaciones de la Junta Directiva, es decir los últimos no gozan en esta materia de un tratamiento extralegal.

"ALCO LTDA.", pretende instituir para su personal directivo, un Plan de Beneficios y Servicios que contemple: escalafón propio, sistema de evaluación de desempeño cuyo soporte sea el mérito individual; incluiría aumento de salarios: general, por méritos , por promoción, encargo, etc; algunas prestaciones extralegales; prima de antigüedad, de servicios, vacacional, auxilio de escolaridad, alimentación, fallecimiento, maternidad, planes para facilitar la adquisición de vivienda, de vehículos, pólizas médicas, etc.

Por lo expuesto y como quiera que la implementación del Plan *sub-exámine* requiere el pronunciamiento altamente calificado de esa Sala para establecer de manera irrefragable la legalidad y procedencia del mismo, por lo cual con todo respeto se solicita a la Honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

Está facultada la Junta Directiva de la Empresa "ALCO LTDA."para establecer y reglamentar el Plan de Beneficios y Servicios a su personal Directivo, en

caso afirmativo, es procedente que la Convención Colectiva se aplique a todos los trabajadores y que paralelamente el personal Directivo se beneficie con el Plan, debiendo para ello renunciar colectiva o individualmente a los beneficios de la Convención?

LA SALA CONSIDERA

1. Por tratarse de una sociedad de economía mixta, indirecta, del orden nacional, en la que el aporte del Instituto de Fomento Industrial (IFI) es superior al 90% del capital, ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA "ALCO LTDA.", está sometida al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

La disposición pertinente es el Decreto 3130 de 1968 o estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, cuyo artículo 3o. es del tenor siguiente:

> **Del régimen jurídico para algunas sociedades de economía mixta.** Las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las empresas indusrtriales y comerciales del Estado.

2. La Constitución Política establece que al Congreso de la República al que corresponde, por medio de leyes, determinar la estructura de la Administración Nacional, fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, prescribir el régimen de sus prestaciones sociales; regular los otros aspectos del servicio público, dictar las normas correspondientes a las carreras administrativa, judicial y militar, así como "expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales y comerciales del Estado"(*ibídem*, artículo 76, numerales 9 y 10)".

3. El Decreto 3135 de 1968, dictado por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1967, recogió una tradición jurídica que venía desde el año 1945 (Ley 6a.) y adoptó para efectos de la regulación del régimen prestacional la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

El artículo 5o., inciso segundo del mencionado decreto-ley, pertenece el siguiente precepto:

> Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, reglamentario del mencionado Decreto 3135 de 1968, comprende a los empleados públicos y trabajadores oficiales dentro de la acepción genérica de **empleados oficiales,** procediendo luego

a precisar su régimen jurídico de vinculación a la Administración Pública, la que puede ser por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

En todos los casos en que el **empleado oficial** -dice el decreto reglamentario- se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal o reglamentaria, se denomina **empleado público.** En caso contrario, tendrá la calidad de **trabajador oficial,** vinculado por una relación de carácter contractual laboral, (*ibídem*, artículo 1o.).

Precisamente por estar vinculados mediante una relación de carácter contractual laboral, los trabajadores oficiales son los únicos que pueden beneficiarse de las convenciones colectivas de trabajo (Decreto-Ley 1045 de 1978, artículo 3o.).

4. ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA es una entidad descentralizada del orden nacional, clasificada en el acto de constitución como una sociedad de economía mixta indirecta; toda vez que el capital social de la misma está compueto por un aporte estatal superior al 90%, encuéntrase sometida a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 3o. de los Decretos Leyes 3130 de 1968 y 130 de 1976. Pero a diferencia de estas últimas empresas, en aquellas sociedades la designación del presidente o gerente, no corresponde efectuarla al Presidente de la República sino a las autoridades u organismos que señale el correspondiente contrato social (Decreto 130 de 1976, artículo 3o.).

Los servidores de las sociedades de economía mixta que están sujetas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales, salvo las excepciones determinadas por sus estatutos internos para los cargos de dirección o manejo, que deben ser ejercidos por empleados públicos. Esta disposición es aplicable a la sociedad ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA; sin embargo, en sus estatutos internos no se estableció qué cargos eran de dirección y confianza y, por lo mismo, no es posible deducir cuáles servidores son empleados públicos.

Organismos descentralizados como la sociedad ALCALIS DE COLOMBIA no tienen discrecionalidad para excluir de su planta de personal a los empleados públicos, sino la facultad de establecer en sus estatutos los cargos que tienen el carácter de dirección o confianza, los que de conformidad con las normas legales vigentes deben ser ejercidos por empleados públicos.

Dichos empleados públicos, como todos los del orden nacional, estarían sujetos a las reglas sobre las prestaciones sociales que determinan los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, y las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y las demás sobre la materia que se encuentran vigentes.

SE RESPONDE

1. La Sala estima que la sociedad ALCALIS DE COLOMBIA debe efectuar la adecuación correspondiente de sus estatutos internos e incluir específicamente los cargos de dirección o confianza que integran la planta de personal.

2.La Junta Directiva de ALCALIS DE COLOMBIA no está facultada para expedir el Plan de Beneficios y Servicios para el personal que resulte clasificado como empleados públicos, en cuanto regulen aspectos concernnientes a prestaciones sociales, carrera administrativa o régimen disciplinario, toda vez que estas materias corresponden a la órbita de competencia del Congreso de la República que puede ejercer directamente, por medio de leyes (Constitución Política, artículo 76, numerales 9 y 10), o revistiendo de facultades extraordinarias al Presidente de la República en la forma prevista en el numeral 12 del Estatuto Fundamental del país.

Es debido a ello que los empleados públicos del orden nacional están sujetos, en las materias a que se alude en el párrafo anterior, al régimen de las Leyes 13 de 1984, 33 de 1985, 71 de 1988, los Decretos-Leyes 2400 y 3135 de 1968, 1045 de 1978, así como a las demás normas legales pertinentes.

3. Los empleados públicos no pueden beneficiarse de las convenciones colectivas del trabajo que se pacten entre la la entidad empleadora y sus trabajadores oficiales.

Transcríbase a la señora Ministra de Desarrollo Económico por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada la publicación el 4 de marzo de 1994.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS /INCORA/ JUNTA DIRECTIVA-Miembros/**DELEGACION DE FUNCIONES/IMPEDIMENTO**-Causales/**INTERES DIRECTO/RECUSACION**

El actual Viceministro de Agricultura, no puede intervenir, ni directa ni indirectamente, en el proceso de negociación que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la sociedad "Ganadería Los Billetes Limitada" adelantan para la adquisición directa de un fondo rural de propiedad de ésta. Si se presentare la necesidad de que intervenga, por razón de su cargo, en tales negociaciones, debe declararse impedido ante su superior jerárquico, con fundamento en el artículo 142, número 1o. y 11o., del Código de Procedimiento Civil por tener interés directo en las gestiones de la mencionada sociedad de personas, de que es socio. Si no se declara impedido puede ser recusado con fundamento en las mismas causales. Si el Señor Ministro de Agricultura delegare en el Viceministro, en su condición, la facultad de presidir las reuniones de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, ninguna de ellas, bajo su presidencia, podría ocuparse de la negociación que adelantan el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la sociedad "Ganadería Los Billetes Limitada" para la adquisición de un fondo rural de propiedad de ésta. En cualquier momento que se presentare este caso a la consideración de la Junta Directiva, el Doctor, como Viceministro o como delegatario de las funciones ministeriales, estaría impedido, con fundamento en el artículo 142, números 1o. y 11o., del Código de Procedimiento Civil, para actuar: en tal caso debe abstenerse

de hacerlo y manifestar a su superior el impedimento. Si no lo hiciere, puede ser recusado por las mismas causales.

Consejo de estado-Sala de Consulta y Servicio Civil.-Santafé de Bogotá D.C, veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente*: Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 320. Consulta del Ministerio de Agricultura, sobre proceso de negociación directa entre el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora- y la sociedad "Ganadería Los Billetes Ltda.".

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

"Actualmente el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- y la sociedad "Ganadería Los Billetes Ltda.", de la cual el doctor ANTONIO GUERRA DE LA ESPRIELLA, Viceministro de Agricultura, es uno de sus socios, se encuentra adelantando el proceso de negociación directa de un predio rural de propiedad de la mencionada Sociedad, ubicado en una región incluída dentro del programa de Reforma Agraria para el presente año.

"Este proceso se inició con oferta voluntaria de venta formulada por la Sociedad propietaria del inmueble.

"En razón a la investidura del doctor Guerra de la Espriella, solicito a usted emitir concepto acerca de la eventual existencia de alguna incompatibilidad referente a la adquisición del predio por parte del INCORA, ya que el ejercicio del cargo mencionado le implica en algunos casos, presidir la Junta Directiva del Instituto por mi expresa delegación".

La Sala considera:

1o.) Mediante la escritura pública No. 458 del 11 de septiembre de 1972, otorgada en la Notaría Primera de Sincelejo, se constituyó la sociedad "Ganadería Los Billetes Limitada" de la cual es socio el doctor Antonio del Cristo Guerra de la Espriella. El señor Ministro de Agricultura también afirma este hecho.

2o.) El doctor Antonio Guerra de la Espriella es actualmente Viceministro de Agricultura y es posible que el Ministro le delegue alguna o algunas de sus funciones, como la de presidir la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Reforma Agraria.

3o.) Según el contexto de la consulta, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la sociedad "Ganadería Los Billetes Limitada"adelantan el proceso de negociación directa de un fondo rural de la mencinada sociedad, iniciado mediante oferta voluntaria de venta que ésta le hizo.

4o.) El artículo 1o. del Decreto-Ley 3074 de 1968, que sustituyó el artículo 9o. del Decreto-Ley 2400 del mismo año, prohíbe a los empleados administrativos nacionales "intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado...". Además, el artículo 28 del Decreto-Ley 3130 de 1968 prescribe que "los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes, Directores o Presidentes de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán, durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro, prestar sus servicios profesionales al respectivo organismo, ni hacer por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con el mismo, ni gestionar ante él negocios propios o ajenos ...".

El Decreto 116 de 1973 reglamenta las disposiciones antes transcritas. El artículo 8o. *ibídem* dispone que "los funcionarios públicos en quienes concurra algunas de las causales de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil deberán declararse impedidos para conocer de los respectivos asuntos o negocios".

El inciso segundo *ibídem* dispone que el empleado impedido debe pasar el asunto a su superior jerárquico; que por éste debe entenderse el Jefe o Director del correspondiente organismo y que el Presidente de la República debe ser considerado como el superior de todos éstos.

La disposición agrega que "los impedimentos y recusaciones de los Ministros del Despacho se continuarán resolviendo conforme a lo dispuesto en el artículo 8o. de la Ley 63 de 1923".

5o.) De lo expuesto se deduce que las causales de impedimento y recusación prescritas por el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil son aplicables a los empleados administrativos nacionales. Por consiguiente, el empleado impedido debe manifestar la causal de impedimento y pasar el asunto a su superior; sino lo hiciere, puede ser recusado.

6o.) En el caso que ocupa la atención de la Sala, las causales 1a. y 11a. del artículo142 del Código de Procedimiento Civil podrían ser aplicables, porque es de suponer que el doctor Antonio Guerra de la Espriella, como socio de la sociedad "Ganadería Los Billetes Limitada", tiene interés directo en la negociación que adelanta con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria; además, la ley supone el interés directo de un socio en la gestión de una sociedad de personas, como la denominada "Ganadería Los Billetes Limitada".

Con fundamento en lo expuesto la Sala contesta:

1o.) El doctor Antonio Guerra de la Espriella, actual Viceministro de Agricultura, no puede intervenir, ni directa ni indirectamente, en el proceso de negociación que el

Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la sociedad "Ganadería Los Billetes Limitada"adelantan para la adquisición directa de un fondo rural de propiedad de ésta.

2o.) Si se presentare la necesidad de que intervenga, por razón de su cargo, en tales negociaciones, debe declararse impedido ante su superior jerárquico, con fundamento en el artículo 142, número 1o. y 11o., del Código de Procedimiento Civil por tener interés en las gestiones de la mencionada sociedad de personas, de que es socio. Si no se declara impedido puede ser recusado con fundamento en las mismas causales.

3o.) Si el señor Ministro de Agricultura delegare en el doctor Antonio Guerra de la Espriella, en su condición de Viceministro, la facultad de presidir las reuniones de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, ninguna de ellas, bajo su presidencia, podría ocuparse de la negociación que adelantan el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la sociedad "Ganadería Los Billetes Limitada" para la adquisición de un fondo rural de propiedad de ésta. En cualquier momento que se presentare este caso a la consideración de la Junta Directiva, el doctor Antonio Guerra de la Espriella, como Viceministro o como delegatario de las funciones ministeriales, estaría impedido, con fundamento en el artículo 142, números 1o. y 11o., del Código de Procedimiento Civil, para actuar: en tal caso debe abstenerse de hacerlo y manifestar a su superior jerárquico el impedimento. Si no lo hiciere, puede ser recusado por las mismas causales.

Transcríbase, en sendas cópias auténticas, a los señores Ministro de Agricultura y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

Levantada la reserva el 4 de marzo de 1994.

HIDROCARBUROS-Explotación/**ECOPETROL**-Utilidades/**DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS**-Participación/**IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS**

El legislador extraordinario mediante el Decreto-Ley 1979 de 1974, no extinguió la participación de los departamentos y municipios establecidos por los artículos 3o. y 4o. del Decreto-Ley 1246 de 1974, porque su carácter es especial, en cuanto regula específicamente aspectos del impuesto sobre la renta y complementarios. El artículo 5o. del Decreto-Ley 1979 de 1974, sustituyó la participación de la Nación en las utilidades netas de Ecopetrol, por el impuesto sobre la renta y complementarios que esta empresa debe pagar por virtud de dicho decreto-ley, y de otra parte, que continúa vigente el derecho que tienen los departamentos y municipios de percibir un porcentaje de la participación de la Nación en las utilidades de Ecopetrol transformada en impuesto sobre la renta y complementarios, mandato legal que no puede ser desconocido.

Consejo de Estado-. Sala de Consulta y Servicio Civil-. Santafé de Bogotá, D.E., dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta RAD No. 325. Liquidación y pago de las participaciones a que tienen derecho los departamentos y municipios de conformidad con el Decreto 1246 de 1974.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, formula a la Sala una consulta que obedece a los siguientes ANTECEDENTES:

1. De acuerdo con el artículo 3o. del Decreto Legislativo 1246 de junio 28 de 1974, se establece en favor de los departamentos y municipios en los cuales la Empresa Colombiana de Petroleos, ECOPETROL, adelante procesos industriales sobre refinación o tratamiento de hidrocarburos, un beneficio económico representado en un porcentaje del 4.58 y 7% de la participación que corresponde a la Nación en las utilidades de dicha empresa, por concepto de tales procesos.

Por su parte al artículo 4o. estableció para los departamentos y municipios en cuyos territorios se produzcan hidrocarburos, una participación del 11,5% y 17 % de la correspondiente a la Nación por concepto de tales operaciones en las utilidades de ECOPETROL.

2. De acuerdo con los artículos 5o. y 16 del citado decreto, a partir de enero de 1975 esos porcentajes debían ser reconocidos y pagados directamente por ECOPETROL a los departamentos y municipios con cargo a la participación que correspondiera al Gobierno Nacional.

3. En el año de 1974 se expidió el Decreto Legislativo 1979, por el cual se dictaron medidas en materia de gravámenes a las entidades descentralizadas, cuyo artículo 2o. establece:

"A partir del año gravable de 1974, son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, de acuerdo con el régimen vigente para las Sociedades Anónimas, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta del Orden Nacional, cualquiera que sea la proporción del capital que en éstas corresponda a entidades oficiales.

Se exceptúan las entidades que tengan a su cargo la prestación de servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública".

A su vez el artículo 5o. señala que:

> "Los impuestos que la Empresa Colombiana de Petróleos debe pagar por virtud del presente decreto, sustituyen la obligación abonar al Gobierno Nacional el porcentaje de las utilidades **de que trata el artículo 24 de los Estatutos de la Empresa, aprobados por el Decreto 62 de 1979"** (Subrayo).

4. El artículo 6o. del Decreto Legislativo 1979 dispuso que: "los impuestos, regalías, participaciones y otras constituciones que los organismos descentralizados deban pagar conforme a disposiciones vigentes a la Nación u otras entidades territoriales o personas, se seguirán pagando en la forma establecida y serán deducibles de los Impuestos que sobre la renta y complementarios deban cubrir conforme al presente decreto".

En el mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 75 de 1986, señala:

"Los impuestos, regalías y contribuciones, que los organismos descentralizados deban pagar conforme a disposiciones vigentes a la Nación u otras entidades territoriales, serán **deducibles** de la renta bruta del respectivo contribuyente, siempre y cuando cumplan los requisitos que para su deducibilidad exigen las normas vigentes" (Subrayo).

5. De las normas transcritas se observa que a partir de 1974 se designó como nuevos contribuyentes a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y se dispuso, en el artículo 6o. del mismo Decreto 1979, sustituído por el artículo 38 de la Ley 75 de 1986, que los impuestos, regalías, participaciones y otras contribuciones que los organismos descentralizados deban pagar a entidades territoriales, se continuarán haciendo en la forma establecida y serán deducibles de los impuestos de renta y complementarios que deban cubrir de acuerdo con el mismo decreto.

De acuerdo con lo anterior, le corresponde al ente descentralizado pagar tal participación y descontarla del impuesto que a él le corresponda, como un crédito tributario, en vigencia del artículo 6o. del Decreto 1979, y hoy, como una deducción de la renta, según lo previsto por el artículo 38 de la Ley 75 de 1986.

6. Por lo anteriormente señalado, es claro que fue voluntad del legislador referirse a las utilidades que le corresponde a la Nación, deducidos los porcentajes pagados a los departamentos y minicipios. No de otra manera se entiende la remisión de la ley a los estatutos de ECOPETROL, en lugar de referirse al Decreto Legislativo 1246 de 1974.

Una interpretación contraria afectaría las participaciones a los departamentos y municipios, pues es bien sabido que debido al sistema básico de impuestos sobre la renta que rige en el país, el impuesto no es cedular y, por lo general, la totalidad de las rentas pueden ser afectadas con costos y deduciones. De esta manera, podría presentarse el caso en el que el ejercicio no tenga utilidad sino pérdida, evento en el cual no existiría participación alguna para los departamentos y municipios por concepto de la producción, refinería o tratamiento de hidrocarburos.

En consecuencia, este Despacho estima que el pago de las participaciones deberá continuar efectuándolo ECOPETROL sin cambiar la base inicial, o sea el 35% de las utilidades netas menos las reservas de funcionamiento y legal, conforme a lo dispuesto por el Decreto 1979 de 1974.

7. A pesar de que esa Honorable Sala se pronunció sobre este mismo tema mediante concepto del 10 de agosto de 1989, este Despacho considera que los nuevos argumentos presentados a su consideración, es posible definir de una manera armónica

el sentido de los artículos 3o. y 4o. del Decreto Extraordinario 1246 de 1974, 5o. del Decreto 1979 de 1974 y 38 de la Ley 75 de 1986.

Por lo anterior, se consulta: A quien le corresponde liquidar y pagar los porcentajes a que tiene derechos los departamentos y municipios, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3o. y 4o. del Decreto 1246 de 1974?.

LA SALA CONSIDERA:

1. Los artículos 3o. y 4o. del Decreto-Ley 1246 de 1974, establecen el derecho de los departamentos y municipios de percibir un porcentaje determinado, sobre la participación que corresponda a la Nación en las utilidades de la Empresa Colombiana de Petróleos por concepto de la produción de hidrocarburos destinados a la refinación o a su tratamiento y por los procesos industriales de refinación o tratamiento de los mismos.

2. La participación de la Nación en las utilidades obtenidas por Ecopetrol en cada ejercicio, se determinó por la Junta Directiva de la Empresa, mediante Acuerdo No. 1 de 1969, por medio del cual se adoptaron los estatutos de la misma, aprobado por el Decreto Ejecutivo 062 de 1970. El artículo 24 del citado acuerdo dispone que "Para efectos de la constitución de reservas de que trata el artículo anterior, y de las relativas al desarrollo de la refinación y de la petroquímica, a la adquisición o construción de oleoductos o a otras que favorezcan la completa integración de la Empresa y la realización de sus objetivos, la Junta Directiva procederá así: De las utilidades netas de cada ejercicio, entendiendo por éstas las que resulten después de deducir las reservas de funcionamiento y la legal, se destinará por lo menos el 65% a las actividades mencionadas en el presente artículo. El 35% restante se abonará al Gobierno Nacional, y con cargo a esta cuenta se atenderán los desembolsos que la Empresa debe hacer directamente por mandato legal; y el remanente se consignará en la Tesorería General de la República a la orden del Gobierno Nacional" (Subraya la Sala).

Según el artículo transcrito, la participación del Gobierno Nacional en las utilidades netas de Ecopetrol era del 35%, porcentaje sobre el cual debía Ecopetrol liquidar las sumas correspondientes a los departamentos y municipios de conformidad con los artículos 3o. y 4o. del Decreto-Ley 1246 de 1974.

3. Sin embargo, por expresa disposición del artículo 5o. del Decreto-Ley 1979 de 1974, los impuestos sobre la renta y complementarios,que debe pagar Ecopetrol, en virtud del mismo decreto, sustituyeron la participación del Gobierno Nacional en las utilidades netas de dicha empresa, es decir, que el 35% de las utilidades netas de Ecopetrol que constituía la participación del Gobierno Nacional, se convirtió en impuestos sobre la renta y complementarios.

4. La Sala considera, tal como lo expresó en el concepto del 10 de agosto de 1989, que el legislador extraordinario mediante el Decreto-Ley 1979 de 1974, no extinguió la participación de los departamentos y municipios establecida por los artículos 3o. y 4o. del Decreto-Ley 1246 de 1974, porque su carácter en especial, en cuanto regula específicamente aspectos del impuesto sobre la renta y complementarios.

5. En este orden de ideas, se tiene de una parte, que el artículo 5o. del Decreto-Ley 1979 de 1974, sustituyó la participación de la Nación en las utilidades netas de Ecopetrol, por el impuesto sobre la renta y complementarios de esta empresa debe pagar por virtud de dicho decreto-ley , y de otra parte, que continúa vigente el derecho que tienen los departamentos y municipios de percibir un porcentaje de la participación de la Nación en las utilidades de Ecopetrol transformada en impuesto sobre la renta y complementarios, mandato legal que no puede ser desconocido.

Así las cosas, la Sala estima que se debe conservar la unidad y la armonía de la normatividad vigente, por lo mismo, efectuado un concienzudo estudio de las normas citadas, se considera que Ecopetrol debe liquidar y pagar a los departamentos y municipios, los porcentajes a que tengan derecho, según lo previsto por los artículos 3o. y 4o. del Decreto-Ley 1246 de 1974, del valor liquidado como impuesto de renta y complementarios en la correspondiente declaración de renta, en otras palabras, esas entidades territoriales tienen participación del impuesto de renta y complementarios.

La oportunidad de liquidar y pagar dichos porcentajes a los departamentos y municipios debe ser la fijada en el año fiscal para la iquidación y pago del impuesto sobre la renta y complementarios.

Cancelados los valores liquidados a las entidades territoriales, Ecopetrol debe descontarlos de su liquidación de impuesto sobre la renta y complementarios y el saldo pagarlo a al Administración de Impuestos Nacionales.

6. De otra parte, el artículo 6o. del Decreto-Ley 1979 de 1974, derogado expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, no le fue aplicable durante su vigencia a Ecopetrol, toda vez que, como se indicó, la participación de la Nación en las utilidades de esas empresas fue sustituída por el impuesto sobre la renta y complementarios en su totalidad, de manera que el porcentaje de participación que era del 35% se convirtió en impuesto sobre la renta y complementarios.

7. El artículo 38 de la Ley 75 de 1986, que regula la deducción de algunos pagos de la renta bruta de los organismos descentralizados, no es aplicable al caso en estudio, por cuanto el valor del porcentaje a que tienen derecho los departamentos y los municipios sobre la participación que le correspondía a la Nación de las utilidades de Ecopetrol, deben liquidarse en la actualidad sobre el valor del impuesto de renta y complementarios que la empresa está obligada a pagar. Además, dicha norma con-

diciona la deducción a requisitos exigidos por las normas vigentes sobre la materia, lo que equivaldría a someter a Ecopetrol, en ciertos casos a pagar dos veces por el mismo concepto, cuando por ejemplo el valor de la liquidación del porcentaje de los departamentos y municipios no reúna los requisitos para ser deducibles de la renta bruta de Ecopetrol, siendo obligatorio pagar la totalidad del impuesto de renta.

Esta disposición es aplicable a la declaración o liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios que realice Ecopetrol, por concepto distinto a los previstos en los artículos 3o. y 4o. del Decreto-Ley 1246 de 1974.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil ABSUELVE la consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

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

Ellizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Levantada la reserva el 4 de marzo de 1994.

CONTRATO DE CONCESION DE YACIMIENTOS MINERALES/REVERSION/BIEN INMUEBLE NACIONAL-Enajenación/**CONGRESO DE LA REPUBLICA-**Facultades/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-**Facultades/**DELEGACION DE FUNCIONES**

El artículo 74 del Código de Minas prescribe la reversión de los bienes inmuebles y muebles que estén afectados a la explotación minera con la exclusiva finalidad de asegurar su continuidad cuando el concesionario renuncie al contrato, venza el término de duración o se declare en caducidad del contrato de concesión minera. Esta disposición, por su carácter de orden público, no puede ser renunciada y el reglamento sólo puede tener por objeto facilitar su ejecución. El artículo 12 del Decreto Reglamentario 137 de 1993, por el contrario, en oposición a la clara e inequívoca finalidad del artículo 74 del Decreto-Ley 2655 de 1988, facultó al Ministerio de Minas y Energía para "vender directamente los bienes revertidos al concesionario". Así mismo, el artículo 12 del Decreto 137 de 1993 contraría la Constitución porque, según el artículo 150, ordinal 9o., de la misma Carta, corresponde al Congreso, mediante ley, "conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales"; además, el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución atribuye al Presidente de la República "celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley. Sólo puede delegar sus funciones de conformidad con el artículo 211 del mismo estatuto. En consecuencia, únicamente la ley puede autorizar al Presidente de la República

para "enajenar bienes nacionales". Jurídicamente no es posible que un decreto reglamentario, contrariando la ley, autorice para ello al Ministerio de Minas y Energía. En consecuencia, como constitucional y legalmente no es posible vender a los concesionarios los bienes revertidos, los contratos que autoriza el artículo 12 del Decreto Reglamentario 137 de 1993 no se pueden celebrar.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Rereferencia: Radicación No. 575. Consulta del Ministerio de Minas y Energía relacionada con la legislación minera respecto de los contratos de concesión.

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

"Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 237, ordinal 3o. de la Constitución Política de Colombia y 98 ordinal 2o. del Código Contencioso Administrativo, muy comedidamente solicito se sirva absolver la siguiente consulta:

ANTECEDENTES

1. Los artículos 106, 107 y 108 del Decreto 805 de 1947 definen la institución de la reversión en los contratos de concesión de yacimientos minerales.

2. El artículo 38 de la Ley 153 de 1887, entiende incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Prescripción repetida a título de cláusula en los contratos de concesión minera, agregando que dicha incorporación es íntegra e incondicional.

3. El actual Código de Minas, Decreto 2655 de 1988, artículo 74, define igualmente la institución de la reversión en los contratos de concesión de yacimientos minerales.

4. El Decreto No. 137 de 1993, reglamentó la reversión en los contratos de concesión minera y adoptó una serie de medidas para la administración, conservación y manejo de los bienes susceptibles de reversión.

5. En dicho Decreto –artículos 12, 13 y 14– se prevé la posibilidad de que el Ministerio de Minas y Energía venda directamente los bienes revertidos al concesionario, previa celebración del inventario y avalúo de bienes de que trata el artículo 7 *ibídem*, siempre y cuando el área objeto del contrato revertido no se encuentre

localizado dentro de la de un aporte, caso en el cual los bienes revertidos se entregarán preferentemente y mediante celebración de convenio, a la entidad adscrita o vinculada titular del aporte.

6. El parágrafo del artículo 16 del Decreto 222 de 1983, normatividad aún vigente en la materia, según lo dispuesto por el artículo 81 del nuevo Estatuto de Contratación Administrativa, excluye a los contratos de explotación de bienes del Estado del campo de aplicación de la norma.

7. En el mismo sentido, el nuevo Estatuto de Contratación Administrativa, en su artículo 76 excluye de su campo de aplicación a los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables.

8. En el artículo 19 de esta obra, vigente a partir de su promulgación, según se deduce del inciso segundo de su artículo 81, se establece la institución de la reversión para los contratos de explotación o concesión de bienes estatales.

9. En la legislación minera no existe restricción o prohibición alguna para celebrar un nuevo contrato de concesión minera entre las mismas partes y con el mismo objeto.

10. Están próximos a revertir varios contratos de concesión minera celebrados en vigencia del Decreto 805 de 1947.

SE CONSULTA:

1. Puede el Ministerio de Minas y Energía, una vez perfeccionada la venta directa de bienes revertidos de que trata el artículo 12 del Decreto 137 de 1993, celebrar un nuevo contrato de concesión minera con el antiguo concesionario y con el mismo objeto, en los casos en que éste resulte elegido en los procesos de selección de oferentes previstos por la legislación minera?

2. En la venta directa de bienes revertidos al antiguo concesionario de que trata el artículo 12 del Decreto 137 de 1993, en los casos en que incluye inmuebles, es necesario agotar las correspondientes inscripciones en el Registro de Instrumentos Públicos o, por el contrario, en consideración a la idéntica calidad de propietario del concesionario, que pasa a ser comprador, se puede obviar este trámite?

3. A qué título podría entregar el Ministerio de Minas y Energía los bienes revertidos a la entidad adscrita o vinculada titular del aporte, en el evento previsto en el parágrafo del artículo 12 del Decreto 137 de 1993? Resultaría aplicable para esta hipótesis el artículo 14 *ibídem,* en cuanto a la entrega en Administración"?

La Sala considera:

1o) Como se afirma en el contexto de la consulta, el artículo 74 del Decreto-Ley 2655 de 1988 –Código de Minas– que reiteró los artículos 106, 107 y 108 del Decreto 805 de 1945, prescribe la reversión en los siguientes términos textuales:

"Artículo 74.- **Reversión.** Al vencimiento de los contratos de concesión de gran minería el contratista está obligado a dejar en estado de funcionamiento los equipos, instalaciones y obras mineras que para entonces estén en uso o actividad y a entregar, a título de reversión gratuita, todas las propiedades muebles e inmuebles adquiridas con destino o en beneficio exclusivo de la explotación y de las operaciones anexas de transporte externo y embarque de minerales, siempre que éstas últimas no estuvieren también destinadas al servicio de otras explotaciones del mismo concesionario o de sus filiales y subsidiarias.

"En igual forma habrá lugar en la reversión en caso de caducidad del contrato, decretada por las causales contempladas en el artículo 76 de este Código, con excepción de la muerte del concesionario. En este evento sus causahabientes directamente o por medio del juez o funcionario competente, podrán retirar y disponer de los bienes afectos a la explotación, salvo aquellos que se hallen incorporados a los yacimientos o a sus accesos y que no puedan retirarse sin detrimento de los frentes de trabajo minero.

"También operará la reversión en caso de renuncia del concesionario formulada después de los veinte (20) años de explotación.

"El Ministerio podrá, administrativamente, tomar en cualquier tiempo, las medidas conservatorias que estime necesarias para garantizar la efectividad de la reversión gratuita de bienes.

"En los contratos de concesión de mediana minería y licencias de exploración o de explotación no operará la reversión de bienes, excepto cuando a juicio del Ministerio sea necesario conservar las instalaciones fijas y las excavaciones mineras para iniciar un nuevo proyecto. Tampoco habrá lugar a ella en favor de la Nación en los aportes".

2. Sin embargo, el Decreto Reglamentario 137 de 1993 que, según el artículo 1o., se aplica "a todos los contratos de concesión minera celebrados y que celebre la Nación –Ministerio de Minas y Energía– que contemplan la figura de la reversión" mediante el artículo 12 autoriza al mismo Ministerio para "vender directamente los bienes revertidos al concesionario siempre que éste lo haya solicitado a más tardar con 3 meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato de concesión". El parágrafo de la misma disposición sólo exceptúa "los casos en que el área revertida se encuentre localizada dentro de un área objeto de aporte, evento en el cual los bienes revertidos se podrán entregar preferentemente y previa celebración de convenio, a la entidad adscrita o vinculada, titular del aporte".

3. La Sala considera que el artículo 12 del Decreto Reglamentario 137 de 1993 es contrario a la Constitución y a la ley y no se lo debe aplicar, por los siguientes motivos:

a) El artículo 74 del Código de Minas prescribe la reversión de los bienes inmuebles y muebles que estén afectados a la explotación minera con la exclusiva finalidad de asegurar su continuidad cuando el concesionario renuncie al contrato, venza el

término de duración o se declare en caducidad del contrato de concesión minera. Esta disposición, por su carácter de orden público, no puede ser renunciada y el reglamento sólo puede tener por objeto facilitar su ejecución. El artículo 12 del Decreto Reglamentario 137 de 1993, por el contrario, en oposición a la clara e inequívoca finalidad del artículo 74 del Decreto-Ley 2655 de 1988, facultó al Ministerio de Minas y Energía para "vender directamente los bienes revertidos al concesionario".

b) Así mismo, el artículo 12 del Decreto 137 de 1993 contraría la Constitución porque, según el artículo 150, ordinal 9o., de la misma carta, corresponde al Congreso, mediante ley, "conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y **enajenar bienes nacionales"** (la Sala subraya); además, el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución atribuye al Presidente de la República "celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y a la ley". Sólo puede delegar sus funciones de conformidad con el artículo 211 del mismo estatuto. En consecuencia, únicamente la ley puede autorizar al Presidente de la República para "enajenar bienes nacionales". Jurídicamente no es posible que un decreto reglamentario, contrariando la ley, autorice para ello al Ministerio de Minas y Energía.

4. En consecuencia, como constitucional y legalmente no es posible vender a los concesionarios los bienes revertidos, los contratos que autoriza el artículo 12 del Decreto Regalmentario 137 de 1993 no se pueden celebrar.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada la públicación el 7 de marzo de 1994.

HIDROCARBUROS/ PRORROGA-Improcedencia/**DERECHOS ADQUIRIDOS**- Inexistencia

El concesionario no disponía al celebrar el contrato de un derecho de los denominados por la Constitución, adquirido y que otros prefieren llamar subjetivo, constituído o consolidado, por cuanto no se había incorporado definitivamente a su patrimonio, en razón de la exigencias impuestas por la misma ley que servía de soporte a la opción de prórroga. Esta ley defería el efectivo ejercicio de la opción, no tan solo al vencimiento del término de duración del contrato, sino a la vigencia de leyes que regularan la concesión y su aspecto tributario. De donde se infiere que el contratista disponía, en el aspecto específico de la prórroga, de una manera expectativa. Ciertamente la situación contractual fue respetada, pero el derecho público de la Nación hizo imposible la renovación o prórroga. Las prórrogas de los términos de explotación en los contratos de concesión, previstos en los artículos 23 y 24 del Código de Petróleos, desaparecieron del ordenamiento jurídico del país, porque estando ellas sujetas a la subsistencia de la concesión, esta figura jurídica fue remplazada en virtud del artículo 1o. del Decreto-Ley 2310 de 1974 por otras modalidades contractuales. Habiendo cambiado el derecho público de la Nación, ya no es posible prorrogar los contratos sustentados en la concesión petrolera.

Consejo de Estado-. Sala de Consulta y Servicio Civil-. Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación No. 578. Consulta sobre la prórroga en los antiguos contratos de concesión de hidrocarburos de propiedad nacional.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Guido Nule Amín, formula a la Sala una consulta relacionada con los contratos de concesión de hidrocarburos suscritos con fundamento en el Código de Petróleos y, en especial, sobre los derechos que genera para el contratísta y la posibilidad de su prórroga. Previamente hace los siguientes planteamientos:

1. El Decreto Legislativo 1056 de 1953 (Código de Petróleos) en sus artículos 23 y 24 previó los términos de duración de los contratos de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, señalando un término de treinta (30) años para el período de explotación o de cuarenta (40) años para las concesiones situadas al Este y Sureste de la Cima de la Cordillera Oriental, prorrogables en los dos eventos por diez (10) años más.

2. Las prórrogas de los contratos de concesión se previeron en el inciso final del artículo 23 y en el penúltimo del 24, en los siguientes términos:

Artículo 23.- "... El período de explotación es prorrogable hasta por diez (10) años más, a opción del contratista, si éste se somete a pagar al Gobierno las regalías y los impuestos que al expirar los treinta (30) años establezcan las leyes vigentes a la sazón, y se obliga, además, a cumplir las disposiciones legales que rigan en la época de la prórroga".

Artículo 24.- "... El período de explotación de estas concesiones es prorrogable por diez (10) años más, a opción del contratista, si éste se somete a pagar al Gobierno las regalías, impuestos y cánones superficiarios vigentes entonces y se obliga, además, a cumplir las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga".

3. En los antiguos contratos de concesión, en la **CLAUSULA TERCERA**, se pactaba la duración del mismo en los siguientes términos:

"DURACION DEL CONTRATO- El término de duración del presente contrato es el señalado en el artículo 23 del Código de Petróleos. La fecha para contar los plazos legales de los períodos de exploración y explotación es la del día en que el Consejo de Estado declare definitivamente que este contrato está ajustado a la ley".

4. El artículo 8o. de la Ley 10a. de 1961, modificatorio de los artículos 23 y 24 del Código de Petróleos, guardó silencio respécto al término de duración del período de explotación y a la posbilidad de prórroga del mismo.

Dispuso el citado artículo:

"El período de exploración en los contratos será de tres (3) años, prorrogables por otros tres (3), de año en año y de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código de Petróleos.

"En las concesiones que se otorguen sobre las zonas situadas al Este y Sureste de la cima de la Cordillera Oriental, el período de exploración será de cuatro (4) años, prorrogables por otros cuatro (4), de año en año y conforme a las disposiciones pertinentes del Código de Petróleos.

"Cuando la concesión entrare en explotación antes de términarse el período de exploración, el período de explotación se aumentará automáticamente en los años no utilizados del período de exploración, incluyendo sus prórrogas.

"Durante el período inicial de exploración el contratista deberá perforar un mínimo de dos mil (2.000) metros con equipo completo de perforación en busca de petróleo, en uno o varios pozos. Estos trabajos deberán iniciarse por lo menos seis (6) meses antes de vencerse el período inicial de exploración.

"Para obtener cada una de las prórrogas anuales el contratista presentará para la aprobación del Gobierno y concepto del Consejo Nacional de Petróleos, un plan de actividades que desarrollará durante la prórroga solicitada, en el cual deberá incluir la perforación mínima de cuatro mil (4.000) metros en busca de petróleo, en uno o varios pozos.

"Comprobará además que en el período anterior ha llevado a cabo el plan correspondiente.

"En estos términos quedan modificados los artículos 23 y 24 del Código de Petróleos".

El artículo 31 de la Ley 10a. de 1961 derogó el inciso final del artículo 23 del Código de Petróleos.

5. El Decreto Legislativo 2310 de 1974, por el cual se dictan normas sobre abolición del régimen de concesiones en materia de hidrocarburos, establece en su artículo 1o. lo siguiente:

"Con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente decreto, la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

6. En lo concerniente a regalías el artículo 13 de la Ley 10 de 1961 dispone que los concesionarios deben pagar al Gobierno el 11.5% producto bruto explotado para las explotaciones ubicadas en el este y sureste de la cima de la Cordillera Oriental y el 14.5% para el resto del territorio nacional.

Por su parte, la Ley 75 de 1968 señala que las regalías en los contratos de asociación y en las operaciones directas de ECOPETROL, no deben ser inferiores al 20% del valor bruto de la producción.

7. En relación con el precio del crudo, para los Contratos de Concesión rige el del petróleo crudo incremental establecido en la resolución No. 058 de la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural (actualmente es más o menos de siete dólares).

Para los Contratos de Asociación rige el precio internacional del crudo, de acuerdo con lo previsto en la Resoluión No. 060 de 1986.

Analizada la anterior normatividad el Gobierno **CONSULTA:**

1. Las prórrogas de los términos de explotación en los Contratos de Concesión previstas en los citados artículos 23 y 24 del Código de Petróleos, constituyen un derecho adquirido o una expectativa para los contratistas?

2. Bajo la legislación vigente, es obligación del Gobierno conceder la prórroga del período de explotación en los contratos de concesión o por el contrario debe entenderse que por estar abolido este sistema de contratación el Gobierno carece de facultad para conceder tal autorización?

3. De ser procedente la prórroga del período de explotación de los mencionados contratos, éstas tendrían que darse bajo las mismas condiciones o deben adecuarse a un sistema contractual vigente?

Podría prorrogarse la concesión exigiendo que las regalías sean las previstas en la Ley 75 de 1986?

En el evento de que la prórroga deba adecuarse a un sistema contractual vigente, puede pactarse que el precio del crudo sea el que rige para las concesiones?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. **De los contratos de concesión de hidrocarburos.-** El Decreto 1056 de 1953, que contiene la compilación conocida con el nombre de Código de Petróleos, reguló la actividad de exploración y explotación del petróleo de propiedad nacional. Preceptuó, además, que de pactarse dichas modalidades, debían hacerse constar en relación con el área solicitada, en un solo contrato de concesión.

Para la exploración concedió un plazo inicial de cinco (5) años, contados a partir del perfeccionamiento del contrato, y prórrogas ordinarias por tres (3) años y extraordinarias por tres (3) años más. El término de duración de la explotación, por su parte, fue fijado en treinta (30) o cuarenta (40) años, dependiendo de la ubicación del área de la concesión, y prorrogable por diez (10) años más; en ambos casos, el plazo se contaba a partir del vencimiento definitivo del período de exploración, com-prendidas las prórrogas ordinarias y extraordinarias si las hubiere.

En cuanto a la prórroga del período fijado para la explotación, el mencionado Código otorgó una opción en favor del contratista hasta por diez (10) años más, siempre que aceptara someterse a estas dos obligaciones: a) Pagar al Gobierno las regalías y los impuestos que a la fecha de expiración del plazo pactado establezcan las leyes vigentes; y b) Cumplir las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga.

Con posterioridad, las disposiciones mencionadas del Código de Petróleos fueron subrogadas de la manera siguiente:

Primero, por la Ley 10 de 1961, que dispuso no solamente una variación en el período de exploración –en lo sucesivo sería de tres (3) años, prorrogables por otros tres (3) años de año en año, o de cuatro (4) años, prorrogables por un lapso igual de año en año, según la situación del área de la concesión–, sino que expresamente derogó el inciso final del artículo 23 del Código de Petróleos, relacionado con la prórroga del período de explotación.

Y segundo, mediante el Decreto-Ley 2310 de 28 de octubre de 1974, el cual abolió el régimen de concesiones en materia de hidrocarburos de propiedad nacional. Fue así como dispuso que su exploración y explotación estará a cargo, ya no de la Nación sino de la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL–, que podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza , distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

La norma últimamente citada hizo la salvedad respecto de los contratos de concesión, "vigentes en la fecha de expedición del presente decreto" (artículo 1o.). Por su parte, la Ley 10 de 1961 autorizó al Gobierno para convenir con los concesionarios respectivos "la adaptación a sus disposiciones" de los contratos de concesión perfeccionados con anterioridad (artículo 27).

2. **Concepto de derecho adquirido y de mera expectativa. Legislación nacional y jurisprudencia.**

La Constitución Política de 1886 traía, en su artículo 31, el siguiente precepto: "Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Y agregaba: "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público".

Como consecuencia de la Reforma Constitucional del año 1936, el texto quedó, en lo pertinente, redactado así:

> ART. 30.- Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.
>
> Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Finalmente, la Carta Política de 1991 prescribió de manera similar:

> ART. 58.- Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de una entidad 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.

La noción de **derecho adquirido,** tan importante como controvertida en la ciencia jurídica, tiene entre nosotros tradición y arraigo constitucional. Mediante ella se confiere certeza y seguridad a las situaciones jurídicas consolidadas con arreglo a la ley civil, de manera que el titular del derecho tenga garantizada su posición de beneficio frente a la voluntad del legislador; de ahí que la ley posterior no pueda ser aplicada con efecto retroactivo.

Diferente es la situación de las **expectativas** o **meras expectativas**, acerca de las cuales dispone el artículo 17 de la Ley 153 de 1887: "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

Sobre la noción de derecho adquirido, conviene recordar la jurisprudencia del Consejo de Estado:

> Los derechos adquiridos en su concepción amplia son equivalentes a situaciones subjetivas, individuales o concretas que han sido creadas o consolidadas bajo el imperio de una ley (...) Los derechos adquiridos amparados por la Constitución Política son únicamente los constituídos con justo título con arreglo a las leyes civiles y no administrativas, pero la ley ha amparado los derechos adquiridos mediante actos administrativos, los cuales no pueden ser desconocidos o vulne-

rados por la Administación sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. (Sentencias de 26 de agosto de 1983 y 3 de febrero de 1984).

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, se ha expresado en los siguientes términos:

> Por derecho adquirido han entendido la doctrina y la juridisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona, natural o jurídica, que hace parte de él y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.
>
> Lo anterior conduce a afirmar que el dercho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.
>
> Ajusta mejor con la técnica denominar **situación jurídica concreta o subjetiva,** al derecho adquirido o constituído de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y **situación jurídica abstracta u objetiva** a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que lo crea ha jugado ya jurídicamente su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esta situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona. (Sentencias de 12 de diciembre de 1974 y 15 de noviembre de 1990).

Por último, es certera la definición que traen los hermanos Mazaud en su Tratado de Derecho Civil: "El derecho adquirido es un derecho que ha entrado definitivamente a un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente". (Mazaud, Derecho Civil, parte primera, vol.1, Buenos Aires, 1954, p. 224).

3. **El derecho adquirido y el contrato de concesión.-** Conforme a la teoría expuesta, es menester reconocer la validez de los derechos adquiridos, que algunos prefieren llamar subjetivos, consolidados o consumados. En tratándose de contratos, obviamente celebrados con el cumplimiento de la plenitud de las formalidades legales, dicha validez adquiere todavía mayor fuerza jurídica en virtud de la regla de derecho según la cual, en los contratos se entienden incorporadas la leyes vigentes en el momento de su celebración. Así se expresa la Ley 153 de 1887:

> ART. 38.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.
>
> Exceptúase de esta disposición:
>
> 1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

2o. Las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado, la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Concordante con la disposición anterior, es el artículo 1602 del Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales". (La juridisprudencia ha entendido que esas "causas legales", que pueden invalidar los contratos, son nulidad y la condición resolutoria tácita).

En relación con los contratos de concesión, concernientes a exploración y explotación de hidrocarburos, celebrados con anterioridad al 28 de octubre de 1974, fecha en que entró a regir el Decreto-Ley 2310 del mismo año, es menester concluir que ellos conservaron vigencia y continuaron produciendo sus efectos jurídicos, no solamente por aplicación de las normas transcritas (Ley 153 de 1887 y artículo 1602 del Código Civil) sino también por expresa voluntad del Gobierno Nacional que, convertido en legislador extraordinario, dispuso: "Con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente decreto...".

Los referidos contratos de concesión son los perfeccionados de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código de Petróleos, esto es, con la aprobación del Presidente de la República oído el dictamen del Consejo Nacional de Petróleos (Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural) y previo concepto del Consejo de Ministros, declaración del Consejo de Estado en que se ajustan a la ley, y, finalmente, su otorgamiento por escritura pública. En estos casos sus cláusulas, producto del acuerdo de voluntades nacido al amparo de la ley, generaron derechos y obligaciones para las partes.

Respecto de los derechos surgidos de esos contratos, en cuanto hubiesen ingresado al patrimonio de una de las partes, tienen el carácter de adquiridos o más propiamente de constituidos o consolidados, y, por consiguiente, no podrán ser "arrebatados o vulnerados por quien los creó o reconoció legítimamente", según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia.

Debe advertirse, empero, que si el derecho no ha ingresado realmente al patrimonio de la persona natural o jurídica, por encontrarse sujeto a la realización futura de determinada condición, involucrada en el mismo contrato, habrá de estarse a su efectivo cumplimiento para que pueda nacer el derecho adquirido. Más aún: si se trata de contratación estatal, en la cual el objeto consista en la exploración o explotación de bienes del Estado, la situación jurídica del particular deberá ceder al interés público o social cuando ello sea necesario para la debida aplicación de la ley expedida con fundamento en intereses de esa índole, pues así lo dispone la Carta Política en forma reiterativa (art- 31 de la Constitución de 1886 y 58 de la Constitución de 1991).

4. **Opción de prórroga**. En los contratos de concesión de hidrocarburos, el Código de Petróleos establecía la prórroga de los mismos, como una opción a favor del contratista o concesionario, hasta por diez (10) años más. Pero esta opción no era *ad*

libitum, sino sujeta al efectivo cumplimiento de dos obligaciones que el inciso final del artículo 23 *ibídem* hacía consistir, primeramente, en pagar al Gobierno Nacional las regalías e impuestos vigentes a la fecha en que deba empezar a contarse la prórroga, y además, en dar cumplimiento "a las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga".

Ha quedado suficientemente explicado que el inciso final del artículo 23 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) que establecía la prórroga de los contratos de concesión, fue derogado por el artículo 31 de la Ley 10 de 1961 y que, con posterioridad el Decreto-Ley 2310 de 1974 abolió la figura jurídica de la concesión en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos.

Esa situación fue creada por el legislador colombiano con apoyo en motivos de utilidad pública que buscaban una mejor regulación de un recurso natural de propiedad del Estado. Cabe entonces preguntar: Cuáles son las disposiciones legales vigentes en la época de la prórroga, para contratos de concesión celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1961 y cuyo plazo habrá de expirar en los próximos años? Porque sólo con acatamiento estricto a dichas normas legales, es como podría procederse a hacer efectiva la prórroga del contrato.

Si en ejercicio de una opción otorgada por la ley al contratista, éste hubiese pactado la prórroga como cláusula del respectivo contrato de concesión, su derecho a la misma sería ostencible. Pero siempre que no existieran condicionantes, como los que se dejan expresados. Y es que , suprimidas desde 1991 la posibilidad de la prórroga y desde 1974 el contrato de concesión de hidrocarburos, hoy en día no existen "disposiciones legales" que rijan la correspondiente materia. Lo que hay son disposiciones legales que presiden la celebración de otra clase de contratos sobre explotación de hidrocarburos, las que no son susceptibles de aplicación analógica a un régimen de contratación desaparecido. De modo que la nueva legislación es inaplicable a los contratos de concesión, a su prórroga y a la materia impositiva en relación con los mismos.

Aunque las normas a que se ha hecho referencia, expedidas en 1961 y 1974, no son retroactivas, tienen efecto general inmediato. Y, como tales, entraron a formar parte de las condiciones establecidas por el Código de Petróleos para la viabilidad de la prórroga en los contratos de concesión.

Inicialmente, la Ley 10 de 1961 autorizó al Gobireno para convenir con los concesionarios respectivos la adaptación a sus preceptos, de los contratos de concesión petrolera que hubiesen sido perfeccionados con anterioridad (artículo 27). El interés del legislador era que sus disposiciones tuvieran efectos prácticos generales y para ello confirió autorización al Gobierno con el fin de que buscara fórmulas de acuerdo que permitieran renegociar los contratos y eliminar la posibilidad de la prórroga. Así debió hacerse en su oportunudad, si bien el mandato en referencia no estaba sujeto a plazo.

Pero dicho mandato se tornó de ejecución imposible una vez expedido el Decreto-Ley 2310 de 1974, el cual, siguiendo con mayor rigor las orientaciones dadas por el legislador de 1961, consideró conveniente prohibir el propio sistema de concesión, con el fin de dar cabida a nuevas modalidades contractuales, consideradas de mayor beneficio para el Estado y los intereses que éste representa. A partir de entonces, la opción mencionada ya no pudo ni ser negociada por el Gobierno, ni alegada en su favor por el concesionario, en ambos casos en relación con el contrato de concesión de hidrocarburos de propiedad nacional.

Por consiguiente, el concesionario no disponía al celebrar el contrato (y con mayor razón a partir de la vigencia de la nueva legislación expedida en 1974) de un derecho de los denominados por la Constitución, adquirido, y que otros prefieren llamar subjetivo, constituído o consolidado, por cuanto no se había incorporado definitivamente a su patrimonio, en razón de las exigencias impuestas por la misma ley que servía de soporte a la opción de prórroga. Esta ley defería el efectivo ejercicio de la opción, no tan solo al vencimiento del término de duración del contrato, sino a la vigencia de leyes que regularan la concesión y su aspecto tributario. De donde se infiere que el contratista disponía, en el aspecto específico de la prórroga, de una mera expectativa.

Ciertamente la situación contractual fue respetada, pero el derecho público de la Nación hizo imposible la renovación o prórroga.

En concordancia con las consideraciones expuestas, SE RESPONDE:

Las prórrogas de los términos de explotación en los contratos de concesión, previstas en los artículos 23 y 24 del Código de Petróleos, desaparecieron del ordenamiento jurídico del país, porque estando ellas sujetas a la subsistencia de la concesión, esta figura jurídica fue reemplazada en virtud del artículo 1o. del Decreto-Ley 2310 de 1974 por otras modalidades contractuales.

Habiendo cambiado el decreto público de la Nación, ya no es posible prorrogar los contratos sustentados en la concesión petrolera.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la públicación el 7 de marzo de 1994.

CONTRATO DE CONCESION DE HIDROCARBUROS/PRORROGA/DERECHOS ADQUIRIDOS/(Salvamento de Voto)

Las prórrogas de los términos de explotación pactadas en los contratos de concesión celebrados y perfeccionados antes de la vigencia de la Ley 10 de 1961, constituyen un derecho adquirido para los contratistas. Es obligación del Gobierno respetar la prórroga. La abolición posterior del sistema de contratación no suprime la prórroga pactada en los contratos celebrados de acuerdo a normas vigentes en la fecha de su solemnización. El hacer uso de la prórroga con fundamento en el artículo 23 del Código de Petróleos, no quiere decir que ello se circunscribe exclusivamente a extender la duración del contrato por 10 años más, para poder hacer efectiva la prórroga el contratista tiene que someterse a todas las otras disposiciones legales que rijan sobre distintos aspectos del régimen del petróleos, en el momento en que ejerza el derecho de opción. De lo contrario no podrá hacer uso de esta.

Consejo de Estado-. Sala de Consulta y Servicio Civil-. Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Radicación: No. 578

El suscrito no comparte el sentir mayoritario de la Sala por las siguientes razones:

1. El aspecto central de la consulta, previas las consideraciones que en ella se formulan, se puede concretar así:

Las prórrogas de los términos de explotación previstas en los contratos de concesión celebrados con anterioridad a la Ley 10 de 1961 y referidas a los artículos 23 y 24 del Código de Petróleos, contituyen un derecho adquirido o una simple expectativa para los contratistas?

I. Fundamentos jurídicos.

1.- En la Constitución de 1886 se establecía en su artículo 30: "garantizan la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores".

1.2. En un mismo orden de ideas en la Carta Política de 1991 se prescribe que "se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser **desconocidos ni vulnerados** por leyes posteriores..."

El artículo 322 de la Ley 153 de 1887 mantiene la noción de derecho adquirido con arreglo a la legislación de los extinguidos Estados y el artículo 17 de la misma ley agrega que "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene" y el artículo 28 nuevamente se refiere a los derechos reales adquiridos. Por último el artículo 38 de la misma ley consagra "que en todos los contratos se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración" y en el artículo 1602 del C.C se ordena que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratistas y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

1.3. Por otra parte, el Decreto 1056 de 1953 contentivo del Código de Petróleos, reglamentaba en el capítulo III, de los "contratos de exploración y explotación". En su artículo 22 establecía que: "podrán otorgarse concesiones de petróleos en las condiciones generales y autorizarse traspasos a empresas privadas en que tengan intereses económicos gobiernos extranjeros", siempre y cuando mediasen ciertas circunstancias previstas en el mismo Código.

El artículo 23 del mismo estatuto, en su inciso 9o. establece en cuanto a los contratos de concesión que "El plazo de explotación es de 30 años a partir del vencimiento definitivo del período de exploración, comprendidas las prórrogas ordinarias y extraordinarias de este, si las hubiere, otorgadas al tenor del presente artículo, sin perjuicio de que la explotación comience antes de vencerse aquel período".

La disposición trascrita se adiciona luego con el inciso según el cual: "...El período de explotación es prorrogable hasta por diez (10) años más, **a opción del contratista, si éste se somete a pagar al Gobierno las regalías y los impuestos que al expirar los treinta (30) años establezcan las leyes vigentes a la sazón,** y se obliga, además, a cumplir las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga.

El artículo 24 del citado estatuto "...El período de explotación de estas concesiones es prorrogable por diez (10) años más, a opción del contratista, si éste se somete a pagar al Gobierno la regalías, impuestos y cánones superficiarios vigentes entonces y se obliga, además, a cumplir las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga".

1.4. La Ley 10 de 1961, en su artículo 31 derogó el inciso final del artículo 23 del Código de Petróleos que contenía el derecho a la prórroga del contrato de concesión, hasta por diez (10) años más.

Sin embargo por el artículo 27 de la misma ley se autoriza al Gobierno "Para **con los concesionarios respectivos la adaptación de los contratos** de concesión a las disposiciones de esta ley, de los contratos de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional perfeccionados con anterioridad a su vigencia"; con lo cual se estaba reconociendo implícitamente a la fecha de expedición de la Ley 10 de 1961, la vigencia de los contratos de concesión celebrados con anterioridad, y de consiguiente la cláusula de prórroga como parte integrante del contrato.

1.5. El Decreto 2310 de 1974 suprimió, como sistema de contratación de petróleos, la concesión; pero, en su artículo 1o. dejó a salvo **los contratos de concesión vigentes a la fecha de expedición del decreto;** con lo cual se mantuvo la vigencia de los contratos de concesión que se hubieren celebrado y perfeccionado de conformidad con las normas del Código de Petróleos; mantenía su vigencia.

2. **Consideraciones:**

2.1. De la normatividad constitucional a que se ha hecho referencia se aprecia, entonces, cómo el artículo 58 de la Constitución vigente mantiene la noción de derechos adquiridos, si se quiere en forma más amplia que la Constitución de 1886 por cuanto no los está condicionando a "un justo título". En efecto según se dispone en la Constitución vigente se garantizan los "derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles los cuales no pueden ser **desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores...**" (Se subraya).

Además, para el caso en estudio, lo anterior encuentra su complementación en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...".

2.2. La noción de derecho adquirido remonta sus orígenes a los juristas de la edad media quienes proponían una distinción de los derechos adquiridos y las expectativas, que se hizo clásica y fue admitida por los primeros contratistas del Código Civil. "El derecho adquirido es un derecho que ha entrado definitivamente en un patrimonio o una situación jurídica creada definitivamente". Por el contrario, una expectativa no es sino una esperanza no realizada todavía. Los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva; ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo; a la inversa, las simples

expectativas ceden ante la ley nueva, que puede atentar contra ellas y dejarlas sin efecto.

A primera vista, esa distinción se justifíca; la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa.

De lo hasta ahora expuesto y en relación con el tema consultado se tiene entonces que los contratos de concesión se formalizaron conforme a la normatividad jurídica colombiana vigente para su celebración antes de la vigencia de la Ley 10 de 1961. En tales contratos se pactó una prórroga en los términos previstos por el artículo 23 del Código de Petróleos que regía para la época; consecuencialmente la normatividad jurídica vigente sobre el particular se entendió incorporada al contrato celebrado. Es obvio que con posterioridad a la vigencia de la Ley 10 citada, en los contratos de concesión no se podía pactar la prórroga en la forma anotada por cuanto fue derogada por tal estatuto.

2.3. De otra parte y con relación a la cláusula sobre la prórroga se debe observar que ésta contiene un derecho de opción para el contratista consistente en acogerse a la prórroga por 10 años más o no hacer uso de ésta.

La opción no es otra cosa que el derecho atribuído a una persona ya por una ley, ya por una convención para que elija entre dos situaciones juridicas. Y esto es lo que precisamente ocurre con la cláusula referida: existe un acuerdo de voluntades entre el Estado y el particular mediante el cual éste adquiere el derecho de escoger entre la prórroga del término del contrato por diez años más o su renuncia a ello, en razón del reconocimiento expreso que le hizo el propio Estado al suscribir el contrato; éste tenía como respaldo la normatividad legal que en forma concreta y específica reglamentaba la materia. El derecho a optar o no por la prórroga es entonces, en este caso, un derecho adquirido o una situación jurídica concreta del contratista, que tiene su respaldo jurídico en la ley y en la Constitución, siempre y cuando se hubiese perfeccionado el contrato con anterioridad a la Ley 10 de 1961.

Estos derechos no podían ser desconocidos por leyes que entrasen en vigencia con posterioridad a su solemnización; los contratos de concesión , fuente de tales derechos sólo podían modificarse mediante un nuevo convenio para cuya celebración se facultó de manera expresa al Gobierno, mediante el artículo 27 de la Ley 10 de 1961 con el fin de adecurarlos a la nueva reglamentación jurídica, lo cual es obvio, si se tiene en cuenta que este era el medio idóneo para suprimir o modificar la cláusula sobre prórroga; al fin y al cabo el contrato es una ley para las partes.

Tampoco puede sostenerse, en sana hermenéutica jurídica, que un contrato celebrado por el Estado con un particular pueda, por un acto unilateral de éste, modificar las situaciónes jurídicas concretas, derivadas de aquel ocasionando la supresión o la modificación de unos derechos. En qué quedaría entonces la noción de derecho

adquirido, de situación jurídica concreta o de seguridad jurídica?; cuál sería entonces la situación de quien de buena fe, que es presumida por la ley y hoy también por la Constitución ha contratado con el Estado?.

Ahora bien, en la cláusula referente al término de "duración del contrato"se estipula que es el **señalado en el artículo 23 del Código de Petróleos;** el cual agrega que "el período de explotación" es prorrogable por 10 años más a opción del contratista si éste se somete a pagar al Gobierno y los impuestos que al expirar los treinta años que establezcan las leyes vigentes a la sazón y se obliga además,**a cumplir las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga".**

Esta disposición parece tener una interpretación bien sencilla; en primer término, en ella se parte del supuesto de la prórroga, por cuanto, de no ser así, mal podría acogerse a una determinada normatividad jurídica aplicable al contrato, una vez vencido éste; ello resultaría inocuo.

Lo que se quiso decir es que la prórroga está condicionada, a que el contratista acepte las tasas, los impuestos, contribuciones, regalías y demás cargas y ordenamientos vigentes al expirar los treinta años tal como están ellos reglamentados en las leyes colombianas y obviamente se someta a todas las demás disposiciones legales sobre explotación de petróleo vigentes en el momento de la prórroga. De no aceptarse estos condicionamientos el derecho a la prórroga se torna en nugatorio. Por este motivo mal puede sostenerse una eventual violación del derecho público, por cuanto el contratista se está sometiendo de manera expresa a las normas legales que rijan en la época de la prórroga.

Sobra agregar que el derecho de opción de la prórroga debe hacerse antes del vencimiento del contrato; de lo contrario precluye.

Como consecuencia de lo anterior se tiene que:

1. Las prórrogas de los términos de explotación pactadas en los contratos de concesión celebrados y perfeccionados antes de la vigencia de la Ley 10 de 1961, constituyen un derecho adquirido para los contratistas.

2. Es obligación del Gobierno respetar la prórroga. La abolición posterior del sistema de contratación no suprime la prórroga pactada en los contratos celebrados de acuerdo a normas vigentes en la fecha de su solemnización.

3. El hacer uso de la prórroga, con fundamento en el artículo 23 del Código de Petróleos, no quiere decir que ello se circunscribe exclusivamente a extender la duración del contrato por 10 años más. Para poder hacer efectiva la prórroga el

contratista tiene que someterse a todas las otras disposiciones legales que rijan sobre los distintos aspectos del régimen de petróleos, en el momento en que ejerza el derecho de opción. De lo contrario no podrá hacer uso de ésta.

De los señores Consejeros respetuosamente,

Roberto Suárez Franco.

Autorizada la publicación el 7 de marzo de 1994.

CONTRATACION DIRECTA/URGENCIA MANIFIESTA/ACTO ADMINISTRATIVO–Motivación/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/POTESTAD REGLAMENTARIA

El artículo 24 literal f), de la Ley 80 de 1993, entre otros casos, permite contratar directamente cuando existe "urgencia manifiesta". Y según el art. 42 *ibídem,* ella existe "cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o de concurso público". Según la transcrita disposición, los motivos de urgencia manifiesta deben evaluarse específicamente y se presentan en todos los casos en los cuales, según las circunstancias de hecho, resulte imposible acudir a un procedimiento de selección o concurso público. En el caso que motiva la consulta, las consideraciones de hecho que la sustentan permiten concluir que los contratos que se deben celebrar para hacer posible la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en el mes de junio próximo, ante la premura del tiempo, no podrán adjudicarse mediante licitación o concurso; de donde resulta que es urgente celebrarlos directamente. Mal puede la ley, como el artículo 24, parágrafo 2o., de la Ley 80 de 1993, prescribirle al Presidente de la República un plazo perentorio para el ejercicio de una facultad discre-

cional que le confiere la Constitución y disponer que sin el decreto reglamentario no es posible ejecutar la ley. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado. Del art. 42 inciso segundo se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o a varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y finalidad.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 587. Consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la viabilidad de declarar urgencia manifiesta para que se celebren los contratos relativos a la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Relaciones Exteriores, doctora Noemí Sanín de Rubio, formula a la Sala sobre la posibilidad de declarar de urgencia los contratos que se deben celebrar para la realización, en el mes de junio próximo, de la "Cuarta Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno". La señora Ministra de Relaciones Exteriores expone, como fundamento de la consulta, los problemas técnicos, de diversa índole, que se deben resolver para lograr realizar la mencionada reunión de Jefes de Estado y la absoluta falta de tiempo para realizar las licitaciones o concursos necesarios para contratar en forma ordinaria. En este orden de ideas, textualmente consulta:

"1.- ¿Es procedente, para todos estos contratos que requiere la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en el artículo 24o. de la Ley 80 de 1993, para proceder a la contratación directa?

2.- En la medida en que todos los contratos tienen una y la misma e idéntica causa de declaratoria de urgencia, ya que de todos depende la realización de la IV Cumbre, y por la falta de cualquiera se vería igualmente amenazada su realización, ¿puede resolverse en un mismo acto, y en general, la urgencia manifiesta para todos los contratos de la IV Cumbre?

La Sala considera:

1o.- El artículo 24, literal f), de la Ley 80 de 1993, entre otros casos, permite contratar directamente cuando existe "urgencia manifiesta". Y según el artículo 42 *ibídem*, ella existe "cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se

presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso público". Según la transcrita disposición, los motivos de "urgencia manifiesta" deben evaluarse específicamente y se presentan en todos los casos en los cuales, según las circunstancias de hecho, resulte imposible acudir a un procedimiento de selección o concurso público.

2o.- En el caso que motiva la consulta, las consideraciones de hecho que la sustentan permiten concluir que los contratos que se deben celebrar para hacer posible la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en el mes de junio próximo, ante la premura del tiempo, no podrían adjudicarse mediante licitación o concurso; de donde resulta que es urgente celebrarlos directamente.

3o.- El artículo 24, parágrafo 2o., de la Ley 80 de 1993, prescribe que el Gobierno debe expedir en el plazo de 6 meses el decreto reglamentario relativo a la contratación directa y que, si ello no ocurre, no es posible celebrar "contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de nulidad". Sin embargo, la Sala considera que la mencionada disposición contraría la Constitución y que, en el caso específico que ocupa su atención, no debe ser aplicada porque, según el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", como una facultad discrecional que puede o no ejercer, en cualquier tiempo, según considere o no necesario expedir cualquiera de las medidas que menciona la transcrita disposición para facilitar la ejecución de una ley. En consecuencia, mal puede la ley, como el artículo 24, parágrafo 2o., de la número 80 de 1993, prescribirle al Presidente de la República un plazo perentorio para el ejercicio de una facultad discrecional que le confiere la Constitución y disponer que sin el decreto reglamentario no es posible ejecutar la ley.

Con fundamento en lo expuesto LA SALA RESPONDE:

1o) Los contratos que se deben celebrar con el objeto de realizar la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, con fundamento en el artículo 24, literal f), de la Ley 80 de 1993, pueden ser declarados urgentes a fin de celebrarlos directamente, prescindiendo del procedimiento de licitación o concurso.

2o) Según el artículo 42, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, "la urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado". De esta disposición se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o a varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y su finalidad.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministra de Relaciones Exteriores y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 20 de abril de 1994.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

CAJA AGRARIA/RECURSOS PROPIOS-Destinación**/PENSIONADOS/ PRESTAMO PARA VIVIENDA/PRINCIPIO DE IGUALDAD ECONOMICA**

La Caja Agraria con fundamento en la disposición contenida en el artículo 8o. de la Ley 4a. de 1966, puede afectar los recursos del fondo convencional de préstamos de vivienda con el fin de otorgar con cargo a ellos préstamos a los pensionados, pero sólo en lo relacionado con los recursos provenientes de aportes de las entidad que serían los contemplados en los literales a), d) y e) del artículo 65 de la Convención Colectiva de Trabajo 1988-1990 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la misma. La igualdad de condiciones económicas a que se refiere la Ley 4a. de 1966, estrictamente, no se predica en relación con las condiciones convencionales de préstamo para vivienda ni tampoco respecto de las incorporadas en la línea de crédito adoptada unilateralmente por la Caja Agraria con recusos propios, para sus trabajadores en actividad, sino que dicha igualdad se entiende referida a las condiciones de carácter económico previstas para los trabajadores activos de una entidad pública. De ahí que existen dos planes económicos, el pensionado podría escoger el que considere que le resulta más favorable. De escogerse el plan convencional, la Caja Agraria estaría en la obligación de reglamentar el otorgamiento de préstamos a los pensionados, en la forma que se deja indicada, es decir, sólo en cuanto al Fondo esté formado con aportes de la entidad y no de los trabajadores. Empero, podría también organizar un Fondo exclusivo para las pensiones que respetara la igualdad de condiciones económicas en relación con los

trabajadores; y así, por ejemplo, si al Fondo de Préstamos para Vivienda hubiese aportado la Caja un mil millones de pesos para empleados, el nuevo Fondo tendría que estar constituído por una cantidad proporcional al número de pensionados.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D. E., noviembre seis (6) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 330. Consulta sobre la participación de los pensionados en los planes de vivienda de la Caja Agraria.

El señor Ministro de Agricultura, doctor Gabriel Rosas Vega, obrando con fundamento en lo previsto en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, formula a la Sala la consulta que explica y concreta en los siguientes numerales:

1.- La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura. Todos sus trabajadores, salvo el Gerente General, quien es agente del Presidente de la República, tienen la calidad de trabajadores oficiales.

2.- El Fondo Nacional del Ahorro exoneró expresamente a la Caja Agraria de la obligación de afiliarse a él y, como consecuencia, la entidad paga directamente las cesantías a sus trabajadores.

3.- Por acuerdo expresamente incorporado en convenciones colectivas opera en la Caja Agraria el Fondo de Préstamos para Vivienda a Empleados, cuyos recursos están integrados por el valor total de las cesantías de los trabajadores, los intereses de los préstamos que se otorgan y los aportes de la parte patronal. (ver Anexo No. 1).

4.- Según los mismos acuerdos convencionales, existen límites máximos para el valor de los préstamos, según su destinación (la cual comprende adquisición, construcción, liberación de gravámenes y adiciones y reparaciones), así como plazos que oscilan entre 10 y 20 años e intereses entre el 5% y el 9% anual.

Estos préstamos están previstos para los trabajadores en actividad.

5.- Por otra parte, la Caja Agraria ha establecido con recursos propios, por su libre voluntad, una línea de crédito para vivienda de la cual pueden hacer uso los trabajadores en actividad, en cuantía hasta de $7.500.000.oo, plazo entre 6 y 10 años, e interés del 23 al 29% anual. (ver Anexo No. 2). Esta línea puede utilizarse conjuntamente con el préstamo de recursos convencionales, si así lo desea el trabajador.

6.- La Ley 4a. de 1966, en su artículo 8o., establece que los pensionados (jubilación o invalidez) oficiales o semioficiales, tienen derecho a participar en los planes de vivienda, si no han adquirido ésta o han sido favorecidos con adjudicaciones anteriores, en igualdad de condiciones económicas a los trabajadores en actividad. Con el fin de cumplir el mandato legal, la Caja Agraria adoptó una línea de crédito para vivienda con destino a sus pensionados con iguales modalidades a las señaladas en el punto anterior, pero con un pequeño beneficio en cuanto el mínimo plazo de amortización no es de 6 sino de 8 años. (ver Anexo No. 3).

7.- La Asociación Nacional de Pensionados de la Caja Agraria ha estimado que la igualdad de condiciones económicas a que se refiere la Ley 4a. de 1966, no debe adoptarse con relación a las modalidades establecidas por la Caja para préstamos con sus propios recursos (confróntese punto 5), sino respecto de las condiciones previstas en Convención Colectiva.

Por su parte, la Caja Agraria considera que los préstamos, montos, plazos y tasas previstos en la convención colectiva, no corresponden a un plan de vivienda de creación unilateral y espontánea, sino que son objeto de una obligación de forzoso cumplimiento cuya fuente es la citada convención. Estima, por lo tanto, tal entidad que el punto de referencia para las condiciones de los préstamos a pensionados, no puede ser aquella obligación exigible sólo por trabajadores amparados por la convención, es decir por los que se hallan en actividad. Tal es la razón para entender que las modalidades aplicables a los pensionados, para cumplir con la igualdad de condiciones económicas a que se refieren la Ley 4a. de 1966, son las adoptadas unilateralmente por la institución dentro de la reglamentación relativa a préstamos de vivienda con recursos propios para trabajadores actuales.

Con fundamento en lo anterior, la consulta en concreto se presenta así:

1.- Puede la Caja Agraria legalmente afectar los recursos del Fondo Convencional de Préstamos para Vivienda para otorgar con cargo a ellos, préstamos a los pensionados?

2.- La igualdad de condiciones económicas a que se refiere la Ley 4a. de 1966, se predica en relación con las condiciones convencionales de préstamos para vivienda o respecto de las incorporadas en la línea de crédito adoptada unilateralmente por la Caja Agraria con recursos propios, para sus trabajadores en actividad?

SE CONSIDERA Y RESPONDE

1.- El punto de partida y el fundamento jurídico de la consulta planteada que permitirá desentrañar su verdadero sentido y alcance, es el artículo 8o. de la Ley 4a.

de 1966, de conformidad con el cual las personas pensionadas en entidad oficial o semioficial tienen derecho a recibir un tratamiento en igualdad de condiciones económicas con los trabajadores en actividad, en lo relacionado con planes de vivienda, préstamos y becas para sus hijos, teniendo en cuenta el monto de la pensión, la edad y otros factores similares.

La disposición legal está concebida en los términos siguientes:

> **Artículo 8o.** Los beneficiarios de una pensión de jubilación o de invalidez, oficial o semioficial, tienen derecho a ser considerados en los planes de crédito, préstamos, becas para sus hijos, planes de vivienda, si no han adquirido ésta o han sido favorecidos con adjudicación anterior, en igualdad de condiciones económicas a los trabajadores en actividad, y en consideración al monto de la pensión, edad, etc.

La norma transcrita, como se observa, no hace ninguna distinción, ni determina el origen de los planes mencionados, de modo que estos pueden ser de naturaleza legal, convencional, o de iniciativa de la entidad cuando para ello estuviere autorizada legalmente.

2.- De la consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura se deduce que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que está expresamente exonerada de la obligación de afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro y, como consecuencia, directamente paga las cesantías a sus trabajadores, tiene previsto dos diferentes planes de crédito para vivienda, a saber: el estipulado en la convención colectiva de trabajo que rige el período bienal comprendido entre el 16 de febrero de 1988 y el 15 de febrerode 1990, cuyos recursos están integrados por el valor total de las cesantías de los trabajadores, los intereses de los préstamos que se otorgan y aportes de la parte patronal en cuantía superior a un mil millones de pesos (artículos 65 a 78 de la Convención), y el establecido por la Caja Agraria "con recursos propios, por su libre voluntad, línea de crédito para vivienda de la cual pueden hacer uso los trabajadores en actividad, en cuantía hasta de $7.500.000.oo, plazo entre 6 y 10 años, e intereses del 23% al 29% anual. Esta línea puede utilizarse conjuntamente con el préstamo de recursos convencionales, si así lo desea el trabajador".

El plan estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo determina plazos que oscilan entre 10 y 20 años e intereses entre el 5% y el 9% anual.

3.- La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por ser una sociedad de economía mixta, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, está sujeta al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8o.de la Ley 4a. de 1966.

La citada norma no obliga a las entidades públicas (oficiales o semioficiales, para emplear su lenguaje), a crear planes de crédito de vivienda y otros, exclusivamente

para los pensionados, sino que dispone que cuando tales planes se hayan organizado en beneficio de los trabajadores activos de una entidad pública se deben hacer extensivos a aquellos en igualdad de condiciones económicas y considerando aspectos tales como el monto de la pensión, la edad y otras condiciones similares que permitan hacer una distribución equitativa de dineros invertidos con tal finalidad.

De manera que, cuando por disposición legal o por iniciativa de la entidad se establezcan planes de ayuda económica para los trabajadores activos, sin mencionar a los pensionados, es menester incorporar a estos últimos en dichos planes. Y cuando la obligación de llevarlos a cabo tenga origen en una convención colectiva de trabajo que, por disposición de la misma se aplica únicamente a los trabajadores activos, debe hacerse extensiva a los pensionados de la respectiva entidad, por existir mandato superior en tal sentido; en este caso, lo correcto es introducir los ajustes indispensables que permitan su efectivo cumplimiento para el personal que tiene el carácter de beneficiario de los préstamos, pero sin menoscabar derechos de los cuales el único titular es el servidor activo, tal como ocurre en el Fondo de Préstamos para Vivienda, de la Caja Agraria, con las cesantías de los trabajadores.

En efecto, la Caja Agraria maneja por delegación expresa del Fondo Nacional del Ahorro "el valor total de las cesantías de los trabajadores", cantidad que constituye uno de los recursos que forman el Fondo de Préstamos para Vivienda de Empleados, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 literal b) de la Convención Colectiva de Trabajo 1988-1990. Respecto de esta clase de dineros, la Caja Agraria carece de disponibilidad distinta de la prevista en el Decreto 3118 de 1968, relativa al pago de cesantías; por tanto, no puede utilizarlas para con ellas hacer préstamos a los pensionados, pues estos evidentemente están al margen de esa prestación y ningún derecho pueden alegar, con fundamento válido, en los efectos jurídicos de la misma.

Prescindiendo, pues, del "valor total de las cesantías de los trabajadores"y de los intereses que estos dineros generan, los pensionados tienen derecho a participar en condiciones de igualdad económica en el Fondo de Préstamos para Vivienda de Empleados, establecido convencionalmente y, si lo prefieren, en el Plan de Crédito para Vivienda adoptado unilateralmente por la Caja Agraria, según la Resolución de Gerencia número 170 del 31 de mayo de 1989. Concepto de igualdad que hace relación a las condiciones previstas para los trabajadores activos de la entidad y la aplicación de factores de orden legal como el monto de la pensión, la edad y la proporción numérica entre empleados y pensionados.

El punto de referencia para determinar las condiciones de los préstamos a pensionados –estima la Caja Agraria– es el plan adoptado unilateralmente por la Institución dentro de la reglamentación relativa a préstamos de vivienda con recursos propios para trabajadores actuales. La Sala, por su parte, considera que por existir un precepto legal en favor de los pensionados para concurrir en igualdad de condiciones con los actuales servidores de la entidad patronal, es necesario aplicar en el

presente caso el principio de favorabilidad laboral: como los planes previstos en la convención colectiva de trabajo son más favorables por cuanto tienen unos plazos más amplios e intereses más bajos, debe permitirse a los pensionados que, de acuerdo con sus necesidades y capacidad económica, escojan el que les resulte más conveniente.

De escogerse el plan de préstamos para vivienda acordado en la convención colectiva de trabajo se reitera que del Fondo de Préstamos habría que tener en consideración únicamente la parte formada por los aportes de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por cuanto el valor total de las cesantías pertenece a los trabajadores activos.

Por consiguiente, al expedir la reglamentación de los préstamos para vivienda de pensionados, disponiendo de recursos propios de la entidad, la Caja Agraria debiera proceder de conformidad con el espíritu y la finalidad de la Ley 4a.de 1966 (artículo 8o.) y las observaciones que se han dejado expuestas en el presente estudio.

LA SALA RESPONDE

Las dos preguntas formuladas en la consulta, del modo siguiente:

1.- La Caja Agraria, con fundamento en la disposición contenida en el artículo 8o. de la Ley 4a. de 1966 puede afectar los recursos del Fondo Convencional de Préstamos para Vivienda, con el fin de otorgar con cargo a ellos préstamos a los pensionados, pero sólo en lo relacionado con los recursos provenientes de aportes de la entidad, que serían los contemplados en los literales a), d) y e) del artículo 65 de la Convención Colectiva de Trabajo 1988-1990 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la misma.

2.- La igualdad de condiciones económicas a que se refiere la Ley 4a. de 1966, estrictamente, no se predica en relación con las condiciones convencionales de préstamo para vivienda ni tampoco respecto de las incorporadas en la línea de crédito adoptada unilateralmente por la Caja Agraria con recursos propios, para sus trabajadores en actividad, sino que dicha igualdad se entiende referida a las condiciones de carácter económico previstas para los trabajadores activos de una entidad pública.

De ahí que sí existen dos planes económicos, el pensionado podría escoger el que considere que le resulta más favorable.

De escogerse el plan convencional, la Caja Agraria estaría en la obligación de reglamentar el otorgamiento de préstamos a los pensionados, en la forma que se deja indicada, es decir, sólo en cuanto el Fondo esté formado con aportes de la entidad y no de los trabajadores. Empero, podría también organizar un Fondo exclusivo para los

pensionados que respetara la igualdad de condiciones económicas en relación con los trabajadores y, así por ejemplo, si al Fondo de Préstamos para Vivienda hubiese aportado la Caja un mil millones de pesos para empleados, el nuevo Fondo tendría que estar constituído por una cantidad proporcional al número de pensionados.

Transcríbase al señor Ministro de Agricultura por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 20 de abril de 1994.

BIENES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Embargabilidad/**PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION**-Inembargabilidad

Los bienes de los establecimientos públicos nacionales que sirvan para producir "las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación", no están comprendidos en la prohibición prescrita por el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 y que, por el contrario, son embargables. El artículo 16 de la Ley 38 de 1989 clara e inequívocamente dispone que "las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables", pero no los bienes que los produzcan o sirvan para producirse.

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION-Inembargabilidad

Para la correcta aplicación del principio de inembargabilidad previsto en el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 deben estar reunidos los siguientes requisitos: 1) Que se trate de rentas y recursos de las tres ramas del Poder Público, la Contraloría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los establecimientos públicos nacionales. (Dichas rentas y recursos están expresamente definidos por la Ley 38 en sus artículos 19 a 22). 2) Que las rentas y recursos a que se alude en el numeral anterior estén debidamente incorporados en el Presupuesto General de la Nación y, 3) Que la obligación asumida por el Estado no tenga origen en una relación de trabajo, que conste en acto administrativo expedido por autoridad pública competente o emane de una decisión judicial o arbitral firme. Las tres condiciones

anteriores deben ser interpretadas en sentido estricto y en su conjunto. La inembargabilidad no es susceptible de extenderse a la que pudiera llamarse, con base en la consulta propuesta, "teoría de la fuente", según la cual tendrían también tal carácter los bienes inmuebles que, ciertamente, no forman parte del Régimen Presupuestal Nacional, y los frutos e intereses no incorporados en el Presupuesto General de la Nación.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D. E., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 333. Consulta del Ministerio de Defensa Nacional sobre el alcance del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, inembargabilidad de los recursos presupuestales.

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

"De conformidad con lo establecido en el numeral 2) del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, con toda atención solicito a esa Secretaría se tramite a la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado la presente consulta, sobre el alcance del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, relativo a la inembargabilidad de los recursos presupuestales.

"I. ANTECEDENTES

A. El H. Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - con ponencia del Honorable Consejero, doctor HERNAN CARDOZO DURAN de fecha 11 de agosto de 1989, al absolver la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, Doctor Luis Fernando Alarcón, mediante Oficio No. 00465 del 30 de mayo de 1989, en relación con el alcance del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 se pronunció en el sentido de que "las apropiaciones presupuestales, igual que las rentas y recursos de capital de la Nación, son inembargables, por expresa disposición del artículo 16 de la Ley 38 de 1989. Como se indicó, las apropiaciones y las rentas son estrictamente correspondientes y las unas son reflejo de las otras; además, las apropiaciones tienen destinación específica que no puede ser variada sin incurrir en infracción de la ley de apropiaciones".

B. El presupuesto de ingresos de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se halla integrado de la siguiente manera, de acuerdo con la Ley 38 de 1989:

1. RENTAS

a. Tributarias (Ley 33 de 1985)
b. No tributarias
   1) Rentas contractuales
      a) Edificios
      b) Parqueaderos
      c) Rendimientos Hotel Bogotá Hilton.
   2) Venta de Servicios
      - Traspasos de la Policía Nacional
   3) Aportes de afiliados
      a) 8% personal activo de la Policía Nacional.
      b) Personal retirado de la Policía Nacional
      c) Cuotas de afiliaciones, ascensos y aumentos
c. Aportes del Presupuesto Nacional.

2. RECURSOS DE CAPITAL

a) Recursos de Balance
   - Sobrantes de años anteriores
b) Rendimiento de operaciones financieras
   - Intereses sobre inversiones en títulos valores.
c) Recursos del crédito (no existen).

"II. TEMAS DE LA CONSULTA

Si al absolver la consulta a que se alude en el punto "Antecedentes" del presente escrito, el H. Consejo de Estado se pronunció en el sentido de que "son INEMBARGABLES las rentas y recursos de capital de la Nación" y, si dentro del Presupuesto General de la Nación por expreso señalamiento del artículo 7o. de la Ley 38 de 1989 se hallan incorporados a dicho presupuesto los ingresos de los establecimientos públicos (como lo es la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional), son igualmente inembargables las FUENTES de esos RECURSOS, si el Diccionario de la Lengua Española con las acepciones de "RECURSO" lo define como sinónimo de "BIENES", "MEDIOS DE SUBSISTENCIA", "CONJUNTO DE ELEMENTOS DISPONIBLES PARA RESOLVER UNA NECESIDAD O LLEVAR A CABO UNA EMPRESA" o EXPEDIENTE, ARBITRIO - PARA SALIR AIROSO DE UNA EMPRESA?

La FUENTE a que se hace mención, está constituída para el caso de la CAJA, por los inmuebles que generan rentas, recursos a través de los

valores por arrendamientos, en tanto que las inversiones en títulos valores producen intereses.

Esta FUENTE (bienes inmuebles) no está incorporada al Presupuesto General de la Nación, pero sí sus frutos civiles, intereses y demás rendimientos.

Entonces, si el TODO de acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua Española, inluye los bienes y el conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad ("para nuestro caso las rentas y recursos"), no es otra razón lógica para establecer que esos bienes (inmuebles y dineros) son también INEMBARGABLES?".

La Sala considera:

1.- Esta consulta fue repartida al señor Consejero, doctor Javier Henao Hidrón; pero, como la Sala no acogió su proyecto de respuesta, mediante auto del 14 de diciembre en curso dispuso remitir el expediente al suscrito Consejero.

2.- La Sala, en concepto del 11 de agosto pasado, que tenía por objeto absolver la consulta que le hiciera el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, estimó que "las apropiaciones presupuestales, igual que las rentas y recursos de capital de la Nación, son inembargables, por expresa disposición del artículo 16 de la Ley 38 de 1989". Esta disposición prescribe que "las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables" y que "la forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes".

3.- El artículo 3o. de la Ley 38 de 1989 prescribe que el nivel relativo al Presupuesto General de la Nación comprende "las tres Ramas del Poder Público, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los Establecimientos Públicos Nacionales" a los cuales se deben aplicar "todas las normas" pertinentes del mismo estatuto legal.

Por consiguiente, el Presupuesto General de la Nación también comprende los establecimientos públicos nacionales, a los cuales es aplicable el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, en cuanto dispone que "las rentas y recursos incorporados" en el mencionado presupuesto "son inembargables". Como la transcrita disposición no hace, en relación con la prohibición que prescribe, ninguna excepción, la Sala estima que todas las rentas y todos los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación "son inembargables".

4.- El artículo 22 de la Ley 38 de 1989 dispone que "en el presupuesto de rentas y recursos de capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos

de los establecimientos públicos", y que al efecto se definen como rentas propias "todos los ingresos corrientes de los Establecimientos Públicos, excluídos los aportes y transferencias de la Nación", y como recursos de capital los provenientes "de crédito externo e interno, los del balance y los rendimientos por operaciones financieras".

Por consiguiente, "las rentas y recursos incorporados" en el Presupuesto General de la Nación que, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, son inembargables, no comprenden los bienes que los produzcan; la prohibición tiene carácter excepcional y, por lo mismo, es de restrictiva interpretación. De donde la Sala concluye que los bienes de los establecimientos públicos nacionales que sirvan para producir "las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación", no están comprendidos en la prohibición prescrita por el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 y que, por el contrario, son embargables. El artículo 16 de la Ley 38 de 1989 clara e inequívocamente dispone que "las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables", pero no los bienes que los produzcan o sirvan para producirlos.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada la publicación el 18 de marzo de 1994.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Consulta.- Radicación: No. 333.

Con el debido respeto por mis distinguidos compañeros de Sala, disiento de la opinión de la mayoría en relación con la consulta formulada por el señor Ministro de Defensa Nacional y, como fundamento jurídico, expongo las siguientes consideraciones:

1.- El nuevo Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación (Ley 38 de 1989), establece la inembargabilidad como uno de los principios del sistema presupuestal y la regula del modo siguiente:

> **Artículo 16. Inembargabilidad.** Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables. La forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes.

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) ordena a las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia, dictar dentro del término de treinta días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en el cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento (artículo 176) y en seguida, el artículo 177 señala un procedimiento dirigido a hacer efectivas las sentencias contra las entidades públicas (Nación, entidad territorial o descentralizada), cuando sean condenadas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero:

El funcionario judicial enviará inmediatamente copia de la sentencia al agente del Ministerio Público que sea competente para ejercer las respectivas funciones frente a la entidad condenada, con el fin de que se dirija a los funcionarios encargados de preparar los proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley órganica del presupuesto, de modo que no es posible impartir aprobación a los presupuestos en los que no se hayan incluído partidas o apropiaciones suficientes para atender el pago de todas las condenas relacionadas por el Ministerio Público, las cuales, además, **serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho meses después de su ejecutoria;** agrega el Código que las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán **intereses comerciales** durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y , después de este término, **intereses moratorios.**

A su vez, la nueva versión del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil (Decreto-Ley 2282 de 1989, reforma 158, que entrará en vigencia el 1o. de junio de 1990), al regular la ejecución contra entidades de derecho público, empieza por disponer en forma perentoria: "La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo". Empero, nuevamente entra en conflicto con este último artículo cuando prescribe que en caso de condenas impuestas por vía judicial a una entidad territorial, ésta dispondrá de **seis meses** para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término de sesenta días establecido en el artículo 335, *ibídem,* para que la demanda ejecutiva pueda formularse en el mismo expediente, ante el juez de primera instancia del proceso en que fue dictada.

Mas como se trata de disposiciones que teniendo una misma especialidad o generalidad, se encuentran en diversos Códigos, habrá de preferirse la contenida para las entidades territoriales en el Procedimiento Civil, de conformidad con la regla hermeneútica contenida en la Ley 57 de 1987, artículo 5o. En consecuencia, el plazo para que la sentencia adquiera carácter de ejecutable ante la justicia ordinaria, será de dieciocho meses en tratándose de la Nación y sus entidades descentralizadas, y de seis meses para los departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios y el Distrito Especial de Bogotá.

2. El Presupuesto General de la Nación –al tenor de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 38 de 1989– Incluye las tres Ramas del Poder Público, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los establecimientos Públicos Nacionales, "a quienes se aplicarán todas las normas del presente estatuto".

Siguiendo la términología tradicional, el Presupuesto General de la Nación se compone de dos partes: el presupuesto de rentas y el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones . El primero contendrá la estimación de los ingresos corrientes que se

espera recaudar durante el año fiscal, los recursos de capital, y los ingresos de los establecimientos públicos; mientras que el segundo incluirá las apropiaciones para la ramas Legislativa, Ejecutiva y Juridiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los Establecimientos Públicos Nacionales, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos (artículo 7o., *Ibidem*).

Los presupuestos mencionados son partes integrantes de un todo en el cual el de renta y recursos de capital es la base del de gastos o ley de apropiaciones, y entre ambos debe mantenerse la más estricta correspondencia a fin de dar cumplimiento al principio de equilibrio presupuestal (artículos 8 y 15, *ibídem*).

De ahí que esta Sala hubiese sostenido en concepto de fecha reciente que "no es factible que puedan embargarse apropiaciones del presupuesto nacional, porque las rentas y recursos de capital de la Nación se vierten en el presupuesto de gastos; por esta razón es que los presupuestos de rentas y recursos de capital y de gastos son correspondientes entre sí" **(1)**.

3. La prohibición legal de embargar "las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación", es menester precisarla con claridad, dada su importancia jurídica y pragmática en el marco de un nuevo ordenamiento del régimen presupuestal del país, que ciertamente introduce cambios notorios en relación con el anterior estatuto sobre la materia (Decreto-Ley 294 de 1973), al que remplaza y expresamente deroga.

Conviene por su carácter ilustrativo sobre la materia, recordar una ley anterior, la 15 de 1982, según la cual los **dineros oficiales** para el pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte son inembargables y deberán manejarse por todas las dependencias oficiales del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de las entidades descentralizadas en cuenta especial denominada "Cuenta de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte", fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia **(2)**, con fundamento en que sus disposiciones no desprotegen los bienes de los pensionados, ni afectan la garantía constitucional que debe darse al trabajo, ni desconocen derechos adquiridos, además de que el legislador está facultado para determinar cuáles bienes son inembargables y la inembargabilidad que se establece tiende a garantizar el pago de una prestación social.

La nueva ley sobre inembargabilidad de dineros públicos comprende no solamente un ámbito de mayor amplitud sino que tiene características especiales. A diferencia de la Ley 15/82 que protege los dineros oficiales en beneficio de los titulares de derechos

---

(1) Consulta de 11 de agosto de 1989, Consejero Ponente Dr. Hernán Cardoso Durán.

(2) Sentencia del 23 de agosto de 1982, Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica

pensionales, con el propósito de impedir que terceros puedan embargarlos y asi garantizar el pago a los acreedores, la Ley 38/89 protege los dineros oficiales en orden a beneficiar al Estado en relación con aquellos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, a fin de mantener la intangibilidad del sistema presupuestal y evitar el pago por vía ejecutiva de sentencias o créditos en su contra. Pero ni la intangibilidad es absoluta, ni la inembargabilidad puede llevarse hasta el extremo de desconocer en la actividad del Estado la obligación de cumplir con mandatos superiores que emanan de la Carta Política o de la voluntad expresa de la ley en materias que tienen un tratamiento singular y específico.

El principio que superando concepciones de los romanos sobre los derechos personales (los acreedores podían disponer de la persona de su deudor), crearon filósofos y juristas de la Edad Media, según el cual el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores, se encuentra consagrado en el artículo 2488 del Código Civil en los siguientes términos:

> Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables.

La inembargabilidad es, pues, una excepción que la Constitución o la ley pueden establecer, al principio general y fundamental según el cual el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores.

En tal sentido, la Constitución Política dispone en su artículo 50 que las leyes podrán establecer el patrimonio familiar inalienable o inembargable.

Y con finalidades de orden político, fiscal, y económico, como corresponde al concepto de presupuesto financiero del Estado, la Ley 38 de 1989, en su artículo 16 –que es la materia de la presente consulta– dispone que "las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables...".

Para desentrañar el sentido y alcance de la norma citada, es necesario tener presente un contexto global en el cual el precepto a que la misma se refiere, pueda ser interpretado de conformidad con disposiciones constitucionales y legales, que ciertamente, influyen sobre la instuitución de la inembargabilidad. Esta, como se deja expresado, debe ser tenida como de carácter excepcional frente a l principio básico que establece en favor de los acreedores el derecho de actuar ante las autoridades judiciales sobre una prenda general constituída por el patrimonio del deudor. No obstante, en relación con entidades públicas y en particular, la Nación, la inembargabilidad tiende a convertirse en la regla general; condición que no desaparece sino transcurrido un término que oscila entre seis y dieciocho meses, una vez agotado el trámite señalado por la ley para efectos de la incorporación al presupuesto de las

partidas destinadas a dar cumplimiento a la sentencia judicial, mediante el pago de la obligación y sus intereses.

En primer lugar, para la Constitución Política las autoridades de la República están instituídas no solamente para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes sino también para asegurar el cumplimiento de los **deberes sociales** del Estado y de los particulares (artículo 16). Y entre estos deberes figura el contenido en el artículo siguiente, que dispone: "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

El precepto constitucional últimamente citado sirvió de fundamento al legislador para establecer en el Código Sustantivo del Trabajo la siguiente norma sobre el conflicto de leyes:

Artículo 20. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquellas.

De igual modo, el legislador incorporó al Código de la materia el principio de favorabilidad, en el entendido de que la norma que se adopte debe aplicarse en su integridad, en beneficio de la parte más débil de la relación laboral: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador" (artículo 21, *ibídem*).

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el Código Procesal del Trabajo, en el capítulo sobre procedimientos especiales, dispuso que "será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme" (artículo 100) y en el proceso ejecutivo laboral prohibió los incidentes y excepciones, salvo la de pago verificada con posterioridad al título ejecutivo (artículo 107), teniendo en consideración que los legítimos derechos del trabajador, reconocidos por los jueces, gozan de especial protección y mal pueden someterse a procedimiento dilatorio alguno.

Dada la especifidad de las normas laborales y el carácter constitucional de protección al trabajo que las preside, cualquier excepción en favor del deudor cuando se trata del cumplimieto de una obligación originada en una "relación de trabajo", debe ser instaurada por la misma ley laboral. Y si ésta no lo hizo, es preciso concluir que el cumplimiento de aquellas obligaciones será siempre exigible ante el juez por la vía ejecutiva. Sin que la ley laboral pueda ser válidamente interferida por otro tipo de normas, como las de carácter presupuestal, fiscal o económico, así sean posteriores o pretendan tener cobertura general.

Con fundamento en las razones expuestas, para la correcta aplicación del principio de inembargabilidad previsto en el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 deben estar reunidos los siguientes requisitos:

1. Que se trate de rentas y recursos de las tres ramas del Poder Público, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los establecimientos públicos nacionales (Dichas rentas y recursos están expresamente definidos por la Ley 38 en sus artículos 19 a 22).

2. Que las rentas y recursos a que se alude el numeral anterior, estén debidamente incorporados en el Presupuesto General de la Nación, y,

3. Que la obligación asumida por el Estado no tenga origen en una relación de trabajo, que conste en acto administrativo expedido por autoridad competente o emane de una decisión judicial o arbitral firme.

Las tres condiciones anteriores deben ser interpretadas en sentido estricto y en su conjunto.

La inembargabilidad no es susceptible de extenderse a la que pudiera llamarse, con base en la consulta propuesta, teoría de la fuente, según la cual tendrían también tal carácter los bienes inmuebles, que ciertamente no forman parte del Régimen Presupuestal Nacional, y los frutos e intereses no incorporados en el Presupuesto General de la Nación.

Javier Henao Hidrón .

Bogotá, D. E., diciembre 19 de 1989.

SERVICIO NACIONAL DE SALUD/PLANTA DE PERSONAL-Clasificación/EMPLEADO PUBLICO/TRABAJADOR OFICIAL/JUNTA DIRECTIVA-Facultades/CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

El artículo 26 de la Ley 10a. de 1990 clasifica el personal al servicio de las entidades oficiales vinculadas al sector salud. Esta clasificación comprende empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción, como también trabajadores oficiales. Los trabajadores oficiales son las personas que desempeñan cargos no directivos, para el mantenimiento de la planta física hospitalaria y para prestar servicios generales, en las entidades oficiales encargadas de los servicios de salud. El Decreto 1335 de 1990 reglamentó el artículo 27, inciso 3o., de la Ley 10a. de 1990 y definió la naturaleza y las funciones de los cargos en las entiddes oficiales para prestar los servicios de salud. La clasificación del personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales está prescrita por el artículo 26, parágrafo de la misma ley. En consecuencia la definición y clasificación de las funciones en los servicios de salud y la clasificación del personal son dos tareas diferentes, provenientes de distintas disposiciones de la Ley 10a. de 1990. Según el inciso final del parágrafo del artículo 26 de la citada ley, las juntas directivas de los establecimientos públicos deben clasificar su personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales, teniendo en cuenta los criterios que al efecto determina la primera parte de la misma disposición. Los estatutos en los cuales se debe efectuar la clasificación del personal son los que expiden las juntas directivas de dichas entidades, aprobados, según el caso, por el Gobierno Nacional, departamental o municipal. La Constitución

regula la función pública. En los casos no determinados por la misma Carta, defiere a la ley prescribir el régimen del personal de los empleados de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción, como también el de los trabajadores oficiales. La clasificación del personal, entre empleados públicos y trabajadores oficiales, debe realizarse con fundamento en la ley que determine la manera de efectuarla. Las "Instituciones" a que se refiere el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10a. de 1990, son las entidades oficiales que prestan los servicios de salud, a las cuales alude el inciso 1o. de la misma disposición, es decir, el Ministerio de Salud, las entidades territoriales y los establecimientos públicos de todos los niveles. Los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo. Sin embargo, si algunos empleados gozan de los beneficios pactados en una convención colectiva de trabajo vigente, ellos subsisten y deben hacerse efectivos mientras rija la convención.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 532. Consulta sobre clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud.

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

"Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, se pregunta:

1. ¿Cuál es la disposición legal vigente en materia de clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales del Sector Salud: el Decreto 2127 de 1945, el Decreto 1042 de 1978 o la Ley 10 de 1990?

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10/90, es posible predicar que tanto en este Ministerio y en las demás entidades de dirección u organización del sector salud como en las prestadoras de servicios, coexisten empleados públicos y trabajadores oficiales o esta clasificación únicamente puede aplicarse para los organismos prestadores de servicios aunque el comienzo del artículo exprese que es "... para la organización y prestación de los servicios de salud..."?

3. Conforme al parágrafo del artículo 26 de la Ley 10/90 sólo son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, en la mismas instituciones?

o lo son por otros grupos clasificatorios, y en dado caso cuáles, y con base en cuál disposición?

4. Estando expresamente señalados en el Decreto 1335 de 1990 los empleos que corresponden a los grupos de mantenimiento hospitalario y de servicios generales, pueden en aplicación de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 10/90 entenderse que existen otros empleos no pertenecientes a estos grupos sobre los cuales pueda predicarse su condición de trabajadores oficiales?

5. La segunda parte del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10/90 significa que los establecimientos públicos **precisarán** exclusivamente las actividades que pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo o sea por trabajadores oficiales, dentro de los grupos de ley; o pueden **clasificar,** y además sin sujeción a los grupos establecidos en la ley (mantenimiento y servicios generales)?

6. Al consagrase en el inciso final del artículo 26 de la Ley 10/90 que los establecimientos públicos precisarán en sus respectivos estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, qué debe entenderse por precisar? y a qué clase o tipo de estatutos se refiere la disposición?

7. Con fundamento en la Contitución Nacional y en las leyes, quién o quienes tiene(n) facultades de carácter clasificatorio?

8. Cuando el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10/90 establece que son trabajadores oficiales, quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales, en las mismas instituciones: la expresión "... en las mismas instituciones", se refiere a las hospitalarias, o a las mismas instituciones relacionadas en el comienzo del artículo del que forma parte el parágrafo (Nación, entidades territoriales, descentralizadas)?

9. En el evento de que existan servidores que correspondan a la categoría de empleados públicos de acuerdo con la clasificación que hizo la Ley 10/90, y que estuvieren gozando de beneficios pactados en convenciones, en razón a que equivocadamente fueron considerados trabajadores oficiales, ¿cuál sería su situación legal frente a estos beneficios, considerando que existen disposiciones que prohíben el desmejoramiento salarial y prestacional, y la aplicación de convenciones colectivas a empleados públicos?

En los anteriores términos dejo expuestas a la Sala las inquietudes, que seguramente se solucionarán con las luces jurídicas de los Honorables Consejeros de Estado".

LA SALA CONSIDERA

1o.) La Ley 10 de 1990, "por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones", en el capítulo IV regula todo lo relativo al estatuto del personal. El artículo 26 *ibídem* dispone que "en la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera".

El inciso 2o. determina los empleos de libre nombramiento y remoción y el 3o. dispone que todos los demás "son de carrera" y que los que pertenecen a ella "podrán ser designados en comisión en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa".

El parágrafo de la misma disposición agrega que "son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física y hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones", y que "los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo".

Como el artículo 26 de la Ley 10a. de 1990 atañe específicamente al personal vinculado a los servicios de salud, es norma especial que prevalece sobre los estatutos generales relativos al personal. De manera que la clasificación del personal que establece es la vigente para los servicios de salud existente en todos los niveles oficiales.

2o.) El parágrafo transcrito del artículo 26 de la Ley 10a. de 1990 determina los trabajadores oficiales en los servicios de salud en forma diferente de la prescrita por el artículo 5o, del Decreto-Ley 3135 de 1968; pues, dispone que tienen ese carácter "quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones".

Las "instituciones" a que se refiere la disposición, como es apenas obvio, son todas las reguladas por el artículo 26 de la mencionada ley, es decir, las que están encargadas de los servicios de salud en los niveles nacional, departamental y municipal, incluído el Ministerio de Salud.

3o.) El inciso 2o. del indicado parágrafo también dispone que "los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo". La disposición se refiere a los establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales que presten los servicios de salud con el objeto de determinar las personas que tienen el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, tomando en consideración el criterio específico que para la clasificación del personal prescribe el inciso 1o. de la misma disposición.

De manera que, según el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10a. de 1990, los establecimentos públicos de todos los niveles deben clasificar el personal entre empleados y trabajadores oficiales según los criterios que la misma disposición prescribe. Así mismo el Ministerio de Salud debe realizar la misma clasificación para los empleados del nivel central.

4o.) El parágrafo transcrito del artículo 26 de la Ley 10a. de 1990 señala los criterios para clasificar los empleados públicos y los trabajadores oficiales de los servicios de salud; en consecuencia, esta es la única clasificación que contempla la ley.

5o.) El Decreto 1335 de 1990, "por el cual se expide parcialmente el manual general de funciones del subsector oficial del sector salud", define la naturaleza y las funciones de los diferentes cargos y actividades del mismo sector. Por consiguiente, no es incompatible u opuesto a la clasificación que se haga del personal con fundamento en el artículo 26, parágrafo, de la Ley 10a. de 1990, entre empleados públicos y trabajadores oficiales. El primero efectúa la clasificación y definición de las actividades de los organismos oficiales, que prestan. El primero efectúa la clasificación y definición de las actividades de los organismos oficiales que prestan los servicios de salud y el segundo permite clasificar el personal. De manera que nada obsta para que, estando vigente el Decreto 1335 de 1990, se clasifique el personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales; pues, mientras que el Decreto 1335 de 1990 reglamenta el artículo 27, inciso 3o., de la Ley 10a. de 1990, la mencionada clasificación del personal se fundamenta en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10a.de 1990.

6o.) El inciso final del mismo parágrafo dispone que los establecimientos públicos de todos los niveles "precisarán en sus respectivos estatutos qué actividades podrán ser desempeñadas mediante contrato de trabajo". La disposición significa que la Junta Directiva de cada una de esas entidades debe efectuar la clasificación de su personal, teniendo en cuenta los criterios prescritos por la primera parte del mismo, es decir, que son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos para el "mantenimiento de la planta física hospitalaria" y los "servicios generales" en las entidades dedicadas al servicio de salud.

El verbo "precisar" significa "fijar o determinar de modo preciso" y , en el caso que ocupa la atención de la Sala, señalar claramente las personas que tienen el carácter de empleados públicos y las que clasifican como trabajdores oficiales.

7o.) Las Juntas Directivas de los establecimientos públicos, según el artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968, deben determinar, por regla general, en los correspondientes estatutos quiénes son empleados y quiénes trabajadores oficiales. Pero, en este caso especial, relativo al personal que presta el servicio de salud, según el inciso final del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10a. de 1990, las Juntas Directivas de los mismos deben efectuar la clasificación del personal, en los respectivos estatutos, tomando en consideración los criterios que al efecto señala la primera parte del mismo parágrafo.

8o.) La Constitución regula el régimen de los servidores públicos y defiere a la ley determinar, en los casos en que ella misma no lo prescribe, quiénes son empleados públicos de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción. Además contempla que puede haber trabajadores oficiales conforme a las reglas que determine la ley.

En este orden de ideas, el artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968 regula, con carácter general, el régimen de la clasificación del personal de la Administración Nacional entre empleados públicos y trabajadores oficiales; las leyes 3a. y 11 de 1986, que están comprendidas respectivamente en los Decretos-Leyes 1222 y 1333 de 1986, prescriben el mismo régimen de clasificación en los departamentos y municipios y el artículo 26, parágrafo, de la Ley 10a. de 1990 la manera de hacer la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales en los servicios de salud de todos los niveles. La clasificación se hace, en todos los casos, tomando en consideración los criterios que al efecto prescribe la ley.

9o.) Sólo los trabajadores oficiales pueden sucribir convenciones colectivas de trabajo. Los empleados públicos no están facultados para celebrarlas y deben limitarse a hacer peticiones respetuosas a las autoridades.

Sin embargo, si algunos empleados públicos celebraron una convención colectiva de trabajo y si actualmente están disfrutando de los beneficios provenientes de la misma, ésta sería contraria a la ley. Pero, mientras subsista, debe cumplirse en beneficio de esos empleados.

Con fundamento en lo expuesto, LA SALA RESPONDE:

1o. El artículo 26 de la Ley 10a. de 1990 clasifica el personal al servicio de las entidades oficiales vinculadas al sector de la salud.

Esta clasificación comprende a empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción, como también trabajadores oficiales.

2o. Los trabajadores oficiales son las personas que desempeñan cargos no directivos, para el mantenimiento de la planta física hospitalaria y para prestar servicios generales, en las entidades oficiales encargadas de los servicios de salud.

3o. El Decreto 1335 de 1990 reglamentó el artículo 27, inciso 3o. de la Ley 10a. de 1990 y definió la naturaleza y las funciones de los cargos en las entidades oficiales que prestan los servicios de salud.

La clasificación del personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales está prescrita por el artículo 26, parágrafo, de la misma ley. En consecuencia, la definición y clasificación de las funciones en los servicios de salud y la clasificación del personal son dos tareas diferentes, provenientes de distintas disposiciones de la Ley 10a. de 1990.

4o. Según el inciso final del parágrafo del artículo 26 de la citada ley, las Juntas Directivas de los establecimientos públicos deben clasificar su personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales, teniendo en cuenta los criterios que al efecto determina la primera parte de la misma disposición. Los estatutos en los cuales se debe efectuar la clasificación del personal son los que expiden las Juntas Directivas de dichas entidades, aprobados, según el caso, por el Gobierno Nacional, departamental o municipal.

5o. La Constitución regula la función pública. En los casos no determinados por la misma Carta, defiere a la ley prescribir el régimen del personal de los empleados de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción, como también el de los trabajadores oficiales.

La clasificación del personal, entre empleados públicos y trabajadores oficiales, debe realizarse con fundamento en la ley que determine la manera de efectuarla.

6o. Las "Instituciones", a que se refiere el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10a. de 1990, son las entidades que prestan los servicios de salud, a las cuales alude el inciso 1o. de la misma disposición; es decir, el Ministerio de Salud, las entidades territoriales y los establecimentos públicos de todos los niveles.

7o. Los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo. Sin embargo, si algunos empleados gozan de los beneficios pactados en una convención colectiva de trabajo vigente, ellos subsisten y deben hacerse efectivos mientras rija la convención.

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

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

Elizabeth Castro R.., Secretaria.

Autorizada la publicación el 25 de marzo de 1994.

BIEN INMUEBLE DE LA NACION/DONACION-Improcedencia/**PERSONA NATURAL/PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL/ TRANSFERENCIA DE BIEN INMUEBLE DE LA NACION-** Improcedencia

Las transferencias a título de donación ordenadas por el Acuerdo 012 de 1984, que no se concentraron antes de la vigencia de la Constitución de 1991, no pueden efectuarse después por cuanto el artículo 355 de la Carta es lo suficientemente claro al prescribir que ninguna de las ramas u órganos del Poder Público puede decretar donaciones en favor de personas naturales. En consecuencia la mencionada disposición constitucional subrogó al artículo 3o. de la Ley 64 de 1936 y el Acuerdo 012 de 1984. La norma constitucional prevalece siempre y de inmediato sobre las de rango jurídico inferior. No son aplicables los artículos 3o. de la Ley 64 de 1936 y el Acuerdo 012 de 1984, a partir de la vigencia del artículo de 355 de la Constitución Política de 1991, por cuanto fueron subrogados por esta última disposición. Consecuentemente no es procedente dar aplicación a las leyes y acuerdos que ordena la transferencia gratuita de bienes inmuebles a personas naturales.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil-.Santafé de Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 579. Consulta del Ministerio de Agricultura, relacionada con la interpretación del inciso 1o. del artículo 355 de la C.N. y el Acuerdo No. 012 de 1984 emanado del Concejo Municipal de Florencia (Caquetá).

El señor Ministro de Agricultura, doctor José Antonio Ocampo Gaviria, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

ANTECEDENTES

1. La Ley 64 de 1936, en su artículo primero ordenó ceder al municipio de Florencia, capital de la Comisaría Especial del Caquetá (hoy Departamento), el área que para su población urbana determinó el Decreto No. 547 del 10 de octubre de 1912, del Ministerio de Gobierno.

2. El artículo 3o., *ibídem,* estableció la obligación al Municipio de Florencia de transferir a título gratuíto a los colonos que tuvieren edificada casa de habitación o que llegaren a edificarla en lo sucesivo dentro del área que se adjudica el dominio y propiedad de los respectivos lotes.

3. Mediante la Ley 97 de 1963, se ordenó al Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Agricultura, que en el término inprorrogable de noventa (90) días formalizara por Escritura Pública la cesión decretada por la Ley 64 de 1936. En cumplimiento de dicha ley el Ministerio de Agricultura protocolizó mediante Escritura Pública No. 216 otorgada el 12 de abril de 1964 en la Notaría Unica del Circuito de Florencia (Caquetá), la resolución No. 2062 del 6 de abril de 1964, del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

4. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por la citada resolución 2062 de 1964 y como administrador de las tierras baldías de propiedad de la Nación, adjudicó al Municipio de Florencia (Caquetá) el área baldía que le fue cedida por virtud del artículo 1o. de la Ley 64 de 1936.

5. Con fundamento en dichas normas el Concejo Municipal de Florencia, mediante Acuerdo No. 012 de 1984 ordenó transferir a título gratuito los lotes de terreno que estuvieran edificados a favor de personas que demostraran sumariamente una posesión privada no inferior a cinco (5) años; transferencia que se hizo efectiva a favor de algunos de los beneficiarios, quedando pendiente el trámite correspondiente para otras personas con igual derecho a la adjudicación.

CONSULTA

PRIMERO. ¿Existe incompatibilidad entre las leyes citadas y el Acuerdo No. 012 de 1984 emanado del Concejo Municipal de Florencia (Caquetá), con el inciso primero del artículo 355 de nuestra Contitución Política?

SEGUNDO: ¿Es procedente o no darle aplicación a las leyes y acuerdos enunciados anteriormente"?.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- Antecedentes.

1. Mediante el artículo 1o. de la Ley 64 de 1936, se cedió al municipio de Florencia (Caquetá), "el área que para su población urbana determinó el Decreto No. 547 del 10 de octubre de 1912 del Ministerio de Gobierno, comprendida por los siguientes linderos: tomando por punto de partida el nacimiento del zanjón o arroyo de Florencia, éste, agua abajo, hasta su confluencia con la quebrada la Perdiz; éste abajo, hasta ponerse enfrente del nacimiento del arroyo de Florencia, y de este sitio una recta a dar el nacimiento nombrado, punto de partida".

La misma ley, en su artículo 3o. consagra: "El Municipio de Florencia queda en la obligación de transferir a título gratuito a los colonos que tengan edificada casa de habitación o que lleguen a edificarla en lo sucesivo dentro del área que se adjudica, el dominio y propiedad de los respectivos lotes, sin que éstos puedan exceder de la extensión indicada por la Ley 98 de 1928".

2. Posteriormente, mediante la Ley 97 de 1963, dispuso, en el artículo 1o.: "El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Agricultura, procederá en el término improrrogable de noventa (90) días a formalizar por escritura pública la cesión decretada por el artículo 1o. de la Ley 64 de 1936 a favor del Municipio de Florencia, en la Intendencia del Caquetá".

3. Para dar cumplimiento a la disposición anterior, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, una de cuyas funciones es la de administrar y adjudicar las tierras baldías de propiedad nacional (Ley 135 de 1961), expidió la resolución 2062 de 1964 por la cual adjudicó al Municipio de Florencia (Caquetá), el área baldía que le fue cedida por el artículo 1o. de la Ley 64 de 1936.

Esta resolución fue protocolizada en la escritura pública que formalizó la cesión mencionada.

4. El Concejo Municipal de Florencia, por medio del Acuerdo 012 de 1984, ordenó al Alcalde efectuar la transferencia, "a título gratuito", de los lotes de terreno que tuvieren o llegaren a tener edificaciones, a personas que demostraren sumariamente posesión no inferior de cinco (5) años, siempre que el área transferida no excediere de 2.000 metros cuadrados y se encontrasen dentro de la alinderación determinada por el artículo 1o. de la Ley 64 de 1936.

5. La Constitución Política de 1991 en su artículo 355 suprimió los auxilios estatales al ordenar que: "Ninguna de la ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

Sin embargo el inciso segundo de la misma norma dispuso que: "El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los

respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin animo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar prográmas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno reglamentará la materia".

II. Alcance del término "Donación" en la resolución.

El artículo 1497 del Código Civil diferencia del contrato gratuito del oneroso.El primero o de beneficencia se da "cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; el oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio de otro". En este orden de ideas, participan de la naturaleza de títulos gratuitos la donación, la herencia y el legado.

El contrato de "donación" está definido por el artículo 1443 del Código Civil en los siguientes términos: "La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta".

Los principios o normas jurídicas a que se ha hecho referencia tiene plena aplicación para el caso consultado, por razón de que este se refiere a la transferencia a título gratuito de bienes inmuebles por una entidad del Estado, cual es el Municipio de Florencia, en favor de personas naturales.

Esta Sala, en concepto de 22 de abril de 1993, radicación 504, respecto del concepto de auxilio y donaciones, manifestó: "El vocablo auxilio es sinónimo de ayuda, socorro, amparo y en el lenguaje constitucional se refiere a los pagos que decretados por ley o acto administrativo, con dineros provenientes del Tesoro Público se hacen a título gratuito a personas naturales o jurídicas de derecho privado. En la Constitución anterior, dichos pagos solamente podían ser autorizados por el legislador, eran concebidos como parte de una política de fomento a empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo y debían sujetarse a los planes y programas correspondientes.

"En cuanto al vocablo donación (donación entre vivos), es definido por el Código Civil como "un acto por el cual una persona trasnfiere gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta" (art. 1443). Por su parte el profesor Miguel Moreno Jaramillo concibe la donación como un contrato en que una de las partes se obliga a dar gratuitamente una cosa o la otra, sin que ésta se obligue a ninguna contraprestación.

"De manera que ninguna corporación o autoridad pública puede, conforme al precepto constitucional del inciso primero del artículo 355, decretar auxilios o donaciones, es decir, ni hacer un auxilio con dineros del Erario ni celebrar contrato alguno que implique la donación de bienes y fondos públicos, en ambos casos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

III. Los derechos adquiridos y sus alcances frente al caso consultado.

La Carta Política consagra en el artículo 4o., el principio de prevalencia de la norma constitucional sobre las demás del orden jurídico. En efecto, el artículo 4o. prescribe: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

La Ley 153 de 1887, establece en su artículo 9o.: "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

Por otra parte, el artículo 58 de la Carta garantiza el "derecho a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos por leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el artículo 17 de la misma Ley 153 de 1887, según el cual "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

En relación con el caso planteado en la consulta se tiene que para adquirir el derecho de dominio de un inmueble que transfiera el Municipio de Florencia a un particular, se requería la preconstitución de un título y la ejecución del modo traslaticio del dominio. El título es el contrato de donación en el que para su suscripción deben hacerse cumplido los requisitos previstos en la ley y en el acuerdo inicialmente citados. El miedo es la tradición, vale decir, la forma jurídica mediante la cual se ejecuta o realiza el título; para el caso de los inmuebles dicha tradición del dominio se efectúa "por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente" (art. 756 del C.C.).

Por tanto, las transferencias a título de donación ordenadas por el Acuerdo 012 de 1984, que no se concretaron antes de la vigencia de la Constitución de 1991, no pueden efectuarse después por cuanto el artículo 355 de la Carta es lo suficientemente claro al prescribir que ninguna de las ramas u órganos del Poder Público puede decretar donaciones en favor de personas naturales. En consecuencia, la mencionada disposición constitucional subrogó al artículo 3o. de la Ley 64 de 1936 y el Acuerdo 012 de 1984. Y como se afirmó, la norma constitucional prevalece siempre y de inmediato sobre las de rango jurídico inferior.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde:

Primero: No son aplicables los artículos 3o de la Ley 64 de 1936 y el Acuerdo 012 de 1984, a partir de la vigencia del artículo 355 de la Constitución Política de 1991, por cuanto fueron subrogadas por esta última disposición.

Segundo: Consecuencialmente no es procedente dar aplicación a las leyes y acuerdos que ordenan la transferencia gratuita de bienes inmuebles a personas naturales.

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

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación el 28 de marzo de 1994.

SECCION PRIMERA

BIEN DE USO PUBLICO-Restricción**/RECURSO DE REPOSICION/RECURSO DE APELACION/DEBIDO PROCESO**

Es en el texto del acto acusado en donde la Alcaldía Mayor de Cartagena omite tener en cuenta que la providencia que ordena la restitución de un bien de uso público es susceptible no sólo del recurso de reposición sino del de apelación para ante el Gobernador del Departamento. No comparte la Sala este criterio ya que las simples omisiones e irregularidades incapaces de afectar los actos administrativos son aquellas que no constituyen una garantía y por ende un derecho para los asociados. En este caso, al disponer el acto acusado que sólo procede el recurso de reposición, cuando el artículo 1321 del Código Nacional de Policía consagra expresamente los dos medios de impugnación, le está negando al actor la oportunidad que la ley le brinda de que el superior, en este caso el Gobernador, revise las actuaciones del inferior, y tal pretermisión tiene la virtualidad suficiente para afectar el acto al no surtirse en debida y legal forma la vía gubernativa. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 5o. de la resolución No. 394 de 1993 y de la resolución 1125 de mayo de 1993, expedidas por la Alcaldía Mayor de Cartagena.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2779. Recurso de apelación contra el auto de 28 de octubre de 1993, del Tribunal Administrativo de Bolívar. Actor: Luis Antonio Arroyo Pabuena.

Se decide de plano el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada de la parte actora contra el auto de 28 de octubre de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto en su punto tercero denegó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El señor LUIS ANTONIO ARROYO PABUENA, a través de apoderada y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., acudió ante el Tribunal Administrativo de Bolívar à presentar demanda tendiente a obtener: a): La declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de las resoluciones Nos. 394 de 5 de marzo de 1993 "POR LA CUAL SE ORDENA LA RESTITUCION DE UN BIEN DE USO PUBLICO MUNICIPAL"; y 1125 de 24 de mayo de 1993 "por la cual se resuelve un recurso", expedidas por el Alcalde Mayor de Cartagena; b): Que como consecuencia de la nulidad declarada se ordene al Municipio de Cartagena restablecer al actor en el derecho que tiene de utilizar el inmueble de la misma manera como lo viene disfrutando; c): Que se condene al Municipio de Cartagena a indemnizar al señor LUIS ANTONIO ARROYO PABUENA por los perjuicios causados por las actuaciones administrativas demandadas y por las que con su ejecución puedan eventualmente ocasionarse. Estos daños comprenden los perjuicios materiales y morales, estimados así: los materiales en cuantía superior a los cien millones de pesos ($100.000.000.oo) y los morales en un mil (1.000) gramos oro; y d): Que el pago de las sumas a que se refiere la pretensión anterior se haga con base en los criterios aplicables en relación con la corrección monetaria.

I.2.- Como normas violadas se citaron en la demanda los artículos 2o., 4o., 6o., 25, 29, 58, 83, 90 y 91 de la Constitución Política; 1602 y 1603 del C.C. y 515 del C. de Co.

I.3.- En el mismo libelo de la demanda, se sustentó la solicitud de suspensión provisional, así:

Los actos de la Alcaldía fueron fundamentados en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, el Decreto 640 de 1937 y la Ley 9a. de 1989, los cuales violó en forma ostensible.

La sola comparación del artículo 132 del Código Nacional de Policía y el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 640 de 1937 con el artículo 5o. de la resolución No. 394 de 5 de marzo de 1993, que reza: "Hace saber que contra la presente resolución procede el recurso de reposición..." permite observar a primera vista que la Alcaldía de Cartagena las violó al no conceder el recurso de apelación a que tenía derecho el señor LUIS ANTONIO ARROYO PABUENA y así proceder a ordenar la desocupación inmediata. Porque lo que movía a la Administración local era ejecutar el acto de desalojo

cuanto antes, pues al conceder el recurso de apelación en efecto suspensivo, podía el actor aclarar sus derechos.

También violó en forma manifiesta y ostensible el artículo 1602 del Código Civil, que dispone: "Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales", porque desconoció el contrato de arrendamiento suscrito y vigente sobre el inmueble, entre el señor LUIS ANTONIO ARROYO PABUENA y la Empresa Promotora de Turismo de Cartagena, que es un establecimiento público de carácter municipal, con personería jurídica, representada legalmente por su Gerente, con patrimonio propio, aun cuando el señor Alcalde de la ciudad sea el Presidente de la Junta de esa Empresa.

El Municipio de Cartagena es un tercero ajeno a la relación contractual entre el actor y la Empresa Promotora de Turismo de esa ciudad. Esta es la propietaria del lote dado en arrendamiento, en donde el actor tiene el establecimiento comercial denominado "Delicioso Internacional", el cual constituye un bien mercantil que está protegido por la ley (artículo 515 del C. de Co.).

El manejo que la Alcaldía de Cartagena dio para la pronta desocupación del inmueble dado en arrendamiento por la Promotora de Turismo, constituye un abuso de autoridad, porque desconocía la existencia del contrato de arrendamiento, ya que el actor así lo expresó en la diligencia de versión libre.

La Alcaldía violó también el artículo 29 de la Constitución Política, porque la forma para obtener la desocupación del inmueble no era acudir a declarar el lote como zona de uso público, a sabiendas de la existencia del contrato de arrendamiento mencionado, sino que debió profundizar en las pruebas y constatar si la Empresa Promotora de Turismo tenía capacidad legal para contratar sobre los bienes de su propiedad y que los mecanismos legales eran otros muy distintos si pretendían la desocupación del inmueble. Ese proceso breve y sumario de la Alcaldía que no permitió la vinculación del actor para que pudiera oponerse y pedir la práctica de pruebas, constituye violación al debido proceso.

Para demostrar sumariamente el perjuicio grave que sufrirá a causa de la orden de restitución del inmueble, aporta dos declaraciones extrajudiciales rendidas bajo juramento ante Notario Público.

II.- EL AUTO RECURRIDO

Para denegar la medida precautoria consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1): En relación con la violación manifiesta del artículo 132 del Código Nacional de Policía, la Sala encuentra que el auto que ordena la restitución de un bien de uso público es apelable. Si bien en la resolución No. 394 de 1993, se dice que contra dicho acto procede el recurso de reposición, se guarda silencio respecto del recurso de apelación.

Este hecho en sí mismo no es violatorio del artículo 132 del Código Nacional de Policía, porque el recurso de apelación no fue denegado.

2): En cuanto a la violación manifiesta del artículo 29 de la Constitución Política, tampoco prosperará ya que el demandante tuvo la oportunidad de haber ejercido su derecho de defensa antes de dictarse la resolución de restitución del bien, porque fue llamado a rendir declaración libre y espontánea por la Administración. También interpuso recurso de reposición contra el acto acusado, el cual le fue denegado.

3): En cuanto al tercer cargo, se considera lo siguiente:

Está demostrado con las pruebas aportadas que el demandante es arrendatario de la Empresa Promotora de Turismo (folios 5, 6, 25 y 26).

Desde el año de 1983, esa entidad le dio en arrendamiento un bien con los linderos y medidas determinados en la providencia.

También está comprobada la existencia de la Empresa Promotora de Turismo (folios 27 y siguientes), como que la mencionada empresa es propietaria de un bien de mayor extensión donde se halla situado el lote dado en arrendamiento al demandante.

Sin embargo, la Sala observa que la existencia de ese contrato no fue materia del recurso de reposición, ya que las razones contenidas en la resolución No. 1125 de 1993, son diferentes.

De manera que a primera vista no se observa violación manifiesta de la ley, por lo cual tendría que hacerse un estudio de fondo en oportunidad diferente a la presente.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente sustenta su inconformidad con el proveído apelado, en esencia, así:

1): El Tribunal no accede a decretar la suspensión provisional del acto acusado porque considera que la existencia del contrato de arrendamiento suscrito por el señor LUIS ARROYO PABUENA y la EMPRESA PROMOTORA DE TURISMO "no fue materia del recurso de reposición, porque las razones contenidas en la resolución 1125 de 1993, son diferentes".

En la resolución No. 394 de 5 de marzo de 1993 en el inciso segundo de los considerandos, hace mención de la versión libre y espontánea rendida por el actor, en la cual expresó éste la existencia del contrato de arrendamiento con la EMPRESA PROMOTORA DE TURISMO. Otra cosa diferente es que el acto administrativo impugnado no haga referencia al contrato, pero sí sabían de la existencia del mismo por muchas razones. En el proceso está demostrado el conocimiento que la Alcaldía tenía del contrato de arrendamiento por la declaración expresa del señor ARROYO PABUENA.

2): El interés que animaba a los funcionarios que expidieron el acto impugnado era obtener la desocupación del inmueble ocupado por el establecimiento comercial Delicioso Internacional y por ello no hicieron referencia al contrato de arrendamiento, porque así no hubieren podido producir el acto. Es que la Alcaldía de Cartagena quiso disfrazar un acto arbitrario, con uno aparentemente legal.

3): La Alcaldía de Cartagena considera que el espacio ocupado por el establecimiento comercial Delicioso Internacional, es de uso público, por ello desechan en sus argumentos el contrato suscrito por la EMPRESA PROMOTORA DE TURISMO con el actor y el conocimiento que tenía que el lote materia del contrato es de la referida empresa, y es así como el segundo de los considerandos de la resolución No. 1125 de 24 de mayo de 1993 que resolvió la reposición (en la cual el apoderado del actor hace referencia al contrato de arrendamiento), sólo examina la Escritura Pública No. 568 de 18 de mayo de 1956, de la Notaría Segunda de Cartagena, donde la sociedad Andian National Corporation Ltda. cede al Municipio de Cartagena, pero no termina de mirar el folio de matrícula inmobiliaria donde el Municipio cedió el lote a la EMPRESA PROMOTORA DE TURISMO DE CARTAGENA, arrendadora del mismo actor.

4): En consecuencia, deben tenerse como violadas las normas citadas en el libelo demandatorio en el acápite de suspensión provisional y revocarse la providencia del Tribunal ordenando en su defecto la suspensión provisional.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que el recurrente al sustentar el recurso, solicita tener como violadas las normas citadas en la demanda en el acápite de la suspensión provisional, la Sala se remite a éste para efectos del estudio de los cargos allí expuestos.

Aduce el actor que los actos acusados violan en forma ostensible los artículos 132 del Código Nacional de Policía y 4o. del Decreto Reglamentario 640 de 1937.

Estatuye el artículo 132 del Código Nacional de Policía:

"Art. 132. Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los Alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación para ante el respectivo Gobernador".

Preceptúa el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 640 de 1937:

"Art. 4o. El auto o providencia de los Alcaldes que ordene la restitución es apelable, en el efecto suspensivo, ante el respectivo Gobernador en la forma que previene el

Código Judicial para los autos interlocutorios. Los demás autos no son apelables sino en el efecto devolutivo y siguiendo en este caso los trámites generales del Código Judicial y ante el mismo Gobernador.

Parágrafo. Todos los autos que los Alcaldes dicten en estos asuntos, se notificarán personalmente al respectivo Personero Municipal, y las apelaciones se le concederán en el efecto suspensivo, a menos que las limite al devolutivo".

En el artículo 5o. de la resolución No. 394 de 1993, se lee:

"Hace saber que contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación".

Confrontando las disposiciones transcritas con el contenido del artículo 5o. de la resolución No. 394 de 1993, infiere la Sala que efectivamente se quebrantan aquellas, dado que es en el texto del acto acusado en donde la Alcaldía Mayor de Cartagena omite tener en cuenta que la providencia que ordena la restitución de un bien de uso público es susceptible no sólo del recurso de reposición sino del de apelación para ante el Gobernador del Departamento.

Para el *a-quo* esta omisión, que no conduce a denegar el recurso de apelación, por sí sola no viola el artículo 132 del Código Nacional de Policía.

No comparte la Sala este criterio, ya que las simples omisiones e irregularidades incapaces de afectar los actos administrativos son aquellas que no constituyen una garantía, y por ende un derecho para los asociados. En este caso, al disponer el acto acusado que sólo procede el recurso de reposición, cuando el artículo 132 del Código Nacional de Policía consagra expresamente los dos medios de impugnación, le está negando al actor la oportunidad que la ley le brinda de que el superior, en este caso el Gobernador, revise las actuaciones del inferior, y tal pretermisión tiene la virtualidad suficiente para afectar el acto al no surtirse en debida y legal forma la vía gubernativa.

Por esta razón habrá de revocarse el proveído recurrido para en su lugar disponer la suspensión provisional de los efectos del artículo 5o. de la citada resolución No. 394 de 1993.

Habida cuenta que la resolución No. 1125 de 24 de mayo de 1993 declara indebidamente agotada la vía gubernativa y es una consecuencia directa del artículo 5o., cuyos efectos se suspenden, habrá de extenderse a élla la medida precautoria.

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

RESUELVE:

REVOCASE el proveído apelado, y, en su lugar, se dispone:

DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 5o. de la resolución No. 394 de 1993 y de la resolución No. 1125 de 24 de mayo de 1993, expedidas por la Alcaldía Mayor de Cartagena, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 17 de febrero de 1994.

*Yesid Rojas Serrano,*Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SENA-Reestructuración/**SUPRESION DE EMPLEOS/GOBIERNO NACIONAL**-Facultades/**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**-Temporalidad

La administración representada en el SENA, debió acomodarse a la nueva decisión política, integrando a los empleadores en la ejecución de la finalidad constitucional. La forma en que se hizo, correspondió, sin duda, a una facultad discrecional del gobernante. La actual administración consideró que la mejor manera de lograr la participación de los particula-res en el cumplimiento de esta obligación constitucional era a través de la contratación del servicio con personas jurídicas sin ánimo de lucro, de las cuales forma parte el SENA, los empleadores y trabajadores del sector productivo a que corresponde el centro, las universidades, entidades públicas, entes territoriales y otras personas naturales y jurídicas que tengan interés en vincularse a sus acciones sobre capacitación profesional y técnica y los demás objetivos y funciones señalados en los artículos 2o. y 3o. del estatuto demandado. Lo anterior sin perjuicio de que determinados programas de carácter social puedan ser ejecutados directamente por el SENA, según lo decida el Consejo Directivo Nacional, tal y como está previsto en el articulo 36 del mismo decreto. Queda así igualmente claro que la descentralización territorial del SENA se cumple de la manera señalada y prevista en el decreto impugnado. Estima la Sala como lo ha hecho ya en otras oportunidades, que las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el articulo transitorio 20, lleva insita la de supresión de cargos o empleos; es decir, que cuando esta norma 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. Desde luego, y como ya lo ha reiterado esta Cor-poración, 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 men-cionan ordinariamente son del resorte del Congreso, sólo que éste en razón de la revocatoria del mandato de sus miembros 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 la reestructuración que en el presente caso hiciera del SENA, en un uso legítimo de las atribuciones que le otorgara la mencionada disposición constitucional con la consecuente y automática terminación del respectivo contrato de trabajo cuando de trabajador oficial se tratase, sin perjuicio, como ya se anotó, de la indemnización a que hubiere lugar, que de igual modo se contempla en las disposiciones acusadas, cuando sobreviniere perjuicio o daño.

INDEMNIZACION POR DESPIDO

No se entiende cómo se vulnera la libertad de contratar, si lo que establecen las normas pretranscritas, acusadas, es la posibilidad que tienen los empleados del SENA de vincularse a las corporaciones o fundaciones sin ánimo de lucro creadas, de conformidad con la Ley 29 de 1990. Si las condiciones laborales ofrecidas por estas entidades son inferiores a las consagradas antes por el SENA, el trabajador podrá rechazar la oferta y deberá ser indemnizado como todo aquel que fue despedido. Sin embargo, es obvio que si las condiciones ofrecidas al empleado son iguales o mejores a las que gozaba, y rechaza la propuesta de trabajo, esto se considera como una salida voluntaria del empleado, y por supuesto no se genera en su favor ningún tipo de indemnización, como atinadamente lo concibió la demandada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia:Expediente No. 2455. Acción: Nulidad. Actor: José Antonio Galán Gómez.

El ciudadano abogado JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 2o.; 3o. numerales 5, 7 y 8; 6o. numeral 4; 7o. numerales 2, 3 y 5; 8o. numeral 6 literal g); 10o. numeral 2; 14 a 23; 25 a 27; 32; 36; 37; 39; 40 y 42 del Decreto 2149 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el actor como violadas las siguientes disposiciones:

Artículos 1o., 2o., 13, 25, 39, 54, 55, 209, 334, 342, 344, 350, 352, 353, 356, 357, 359, 362 y transitorio 20 de la Constitución Nacional; 1o., 2o.y 11 de la Ley 29 de 1990; 11 de la Ley 6a. de 1945; 47 a 51 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945; 1o. del Decreto Ley 797 de 1949 y 5o. del Decreto Ley 3123 de 1968.

El concepto de la violación lo expone en los cargos que se resumen a continuación:

Primer cargo. Los artículos 2o., 3o. numerales 5, 7 y 8, y 7o. numeral 7, del Decreto 2149 de 1992, infringen el artículo 54 de la Carta Política y los artículos 334, 342, 344, 350, 352, 353, 356, 357, 359, 361 y 362 *ibídem* que armonizan con aquél, al igual que quebrantan los artículos 1o., 2o. y 11 de la Ley 29 de 1990, ya que las normas acusadas no asignan al Estado por conducto del SENA el objeto de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran.

Además, dichas normas son violatorias del artículo transitorio 20, dado que éste no facultó al Gobierno para excluir de las funciones del SENA la obligación del Estado de ofrecer la mencionada formación técnico profesional.

Igualmente estima el actor que no sólo las precisadas normas del Decreto 2149 de 1992, sino todas las acusadas infringen las aludidas disposiciones constitucionales por inobservancia de la descentralización territorial del SENA, lo que se hubiera logrado asignando a las asambleas departamentales y concejos municipales distritales las funciones que les corresponden en la creación de los entes descentralizados territoriales.

Es reiterativo en señalar que las normas acusadas son violatorias del artículo 54 de la Carta Política por cuanto trasladan a entes civiles privados la obligación del Estado prevista en dicho precepto constitucional de ofrecer formación técnico-profesional, aparte, dice, de que las fundaciones sin ánimo de lucro, de conformidad con la Ley 29 de 1990 lo que tienen como objeto es realizar actividades científicas y tecnológicas y proyectos de investigación y creación de tecnologías, mas no la de ofrecer aquella formación que el decreto demandado contempla.

Segundo cargo. El literal g) del numeral 6o. del artículo 8o. y los artículos 36 y 37 del Decreto 2149 de 1992, son violatorios de los artículos 54 y transitorio 20 de la Carta Política, pues este último no autoriza al Gobierno para trasladar a personas jurídicas sin ánimo de lucro los bienes del Estado con los cuales éste debe cumplir la obligación señalada en aquél, y las normas acusadas permiten inconstitucionalmente que las mencionadas personas privadas administren tales bienes cuando es al Estado a quien le corresponde dicha administración.

Tercer cargo. El numeral 2o. del artículo 10o. del citado decreto quebranta los artículos 54 y transitorio 20 de la Carta, pues omite asignar al Director General del SENA la función obligatoria que le señala al Estado el aludido artículo 54.

Cuarto cargo. Los artículos 14 a 20 del mismo decreto vulneran el artículo transitorio 20 por cuanto el Gobierno Nacional no estaba facultado para crear una causal determinación del contrato de trabajo de los trabajadores oficiales, no establecida en la Ley 6a. de 1945, artículo 11, ni en el Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, artículos 47 a 51, ni en el Decreto Ley 797 de 1949, artículo lo., y por esta misma razón vulneran el artículo 55 de la Constitución Política sobre el derecho a la negociación colectiva.

Infringen, además, junto con el artículo 25 *ibídem*, los artículos 13 y transitorio 20 de la Carta al establecer una odiosa distinción entre empleados del SENA que al momento de la suspensión de su empleo tengan causado el derecho de pensión de jubilación legal o convencional y los que no lo tienen, cuando las Leyes 33 de 1985, 6a. de 1945 y sus Decretos Reglamentarios y la propia Convención Colectiva regulan la situación de manera diferente.

Quinto cargo. Del texto de los artículos 16 y 26 del Decreto acusado se concluye que ellos crean una figura que fuerza la voluntad, la libertad de trabajo y la igualdad, partiendo de lo dispuesto en el artículo 3o. del Decreto 53 de 1952, pues esta norma no permite la excepción de pagar el 50% de las prestaciones sociales. Por tanto, dichas normas violan el artículo 25 de la Carta al igual que el transitorio 20 *ibídem* que no facultó al Gobierno para limitar los derechos de negociación y libre contratación laboral, ni para regular ningún aspecto relacionado con indemnizaciones laborales.

Sexto cargo. Los artículos 17, 18 y 39 pretenden dar vida artificial al artículo 20 transitorio de la Carta en cuanto ordenan continuar la reestructuración del SENA más allá del 7 de enero de 1993, además que si en verdad el Consejo Directivo Nacional del Sena tiene la atribución permanente de reestructurar la organización interna de esta entidad, no podrá hacerlo en ejercicio de lo dispuesto por el Decreto 2149 de 1992, porque dicha función es indelegable por el Gobierno Nacional.

Séptimo cargo. Al pretender el artículo 42 del Decreto demandado, derogar "todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial el Decreto Ley 3123 de 1968", se transgrede el artículo transitorio 20 de la Carta por extralimitación de

funciones y abuso de poder, pues esta norma no faculta al Gobierno para modificar el régimen laboral de los empleados públicos previsto en el Decreto 1950 de 1973, y, sin embargo, lo hace a través de los artículos 19 y 23 del Decreto 2149 de 1992, violando igualmente el artículo 55 de la Constitución al derogar todo el régimen indemnizatorio establecido en la ley y en las convenciones colectivas.

Octavo cargo. Los artículos 6o.- numeral 4o y 7o.- numeral 2- del Decreto 2149 son violatorios de los artículos 13 y 19 de la Constitución por cuanto al reglamentar la composición del Consejo Directivo Nacional del SENA y regular la forma de su designación, establecen que un representante de la Conferencia Episcopal hará parte de dicho Consejo, discriminando las restantes iglesias existentes en nuestro país.

Noveno cargo. Mediante el artículo 7o. numerales 3 y 5 del decreto denominado se menoscaba la libertad de los trabajadores al ser el Gobierno quien designa el representante de la clase trabajadora y campesina en el Consejo Directivo del SENA, con quebranto de los artículos 13 y 39 de la Carta y 5o del Decreto Ley 3123 de 1968.

Décimo cargo. Finalmente, señala el actor que no se tuvo en cuenta para la expedición del Decreto 2149 de 1992, las recomendaciones y observaciones de la Comisión Asesora, por lo cual se infringió el artículo transitorio 20 de la Carta Política que imponía tal exigencia.

II. LA ACTUACION

Mediante auto de 10 de junio de 1993, se admitió la demanda y se dispuso en relación con la solicitud de suspensión provisional de los artículos 17, 18 y 39, estarse a lo resuelto en providencia de 22 de abril de 1993, expediente No.2326, actor: Carlos Alberto Ballesteros Barón, ponente: Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en la cual se decretó la citada medida precautoria de dichos artículos.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

Notificado el auto admisorio de la demanda a la parte demandada, ésta dio contestación a ella a través del Ministro de Trabajo por medio de apoderado, oponiéndose a sus pretensiones con los argumentos que ratificó en el alegato de conclusión y que se sintetizan enseguida:

1. El artículo 54 de la Constitución manda que es obligación del Estado y de los particulares ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. Es decir, no es un compromiso exclusivo del Estado. Por el contrario, en este ideal deben participar también los particulares empleadores, en consonancia con los artículos 209 y 365 de la Carta que consagran, respectivamente, "la descentralización por colaboración privada" como forma de actuación administrativa, y el criterio material o funcional del servicio público, con prescindencia del ente que lo presta.

No debe perderse de vista que el mecanismo de contratación con corporaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, que son entidades privadas, no es nada novedoso en nuestra legislación, pues ya estaba previsto en la Ley 29 de 1990, denominada la "Ley de ciencia y tecnología".

En cuanto a la inobservancia de la descentralización territorial como mandato constitucional, afirma que las Regionales del SENA serán las encargadas de coordinar el proceso de transformación de los centros fijos en corporaciones sin ánimo de lucro y que una vez terminado dicho proceso, las regionales adquirirán el carácter de sedes, a través de las cuales se dará una mayor participación e injerencia a las diferentes zonas del territorio nacional en la formulación de programas de capacitación, redistribuyendo los recursos del SENA en atención a los requerimientos económicos de las diferentes regiones.

2. La preceptiva del decreto en cuanto a la "transferencia" a los particulares de los bienes del SENA, resulta lógica, pues este ente no se desprendería de ellos, ya que sólo entregaría a las personas jurídicas sin ánimo de lucro las instalaciones y dotaciones de los Centros a título de préstamo para la administración exclusivamente.

3. No es acertada la afirmación del actor en el sentido de que el artículo transitorio 20 no facultó al Gobierno Nacional para modificar el régimen laboral de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, toda vez que las previsiones laborales contenidas en el decreto acusado son una consecuencia lógica de la reestructuración de la entidad y del cambio en la planta de personal que ella comporta, sin que por ello se pueda decir que de esta manera el decreto modifica íntegramente el régimen laboral de sus empleados.

4. Rechaza que haya habido exceso en el ejercicio de las atribuciones al asignarle al Consejo Directivo del SENA la función de reestructurar la planta de personal, aduciendo que en el sector descentralizado la facultad de determinar la composición de las plantas de personal es propia de las juntas y consejos directivos de las respectivas entidades, conforme a los Decretos Leyes 3130 de 1968 y 1042 de 1978.

5. Dice que el actor se equivoca igualmente al señalar que hubo exceso en el uso de las atribuciones por violar el artículo 25 de la Carta, en cuanto se vulnera la libertad de contratar que tiene cualquier trabajador, y a este respecto se remite a lo que consignó la Corporación en providencia de 22 de abril de 1993, expediente No. 2326, Magistrado ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

6. En relación con los cargos "octavo" y "noveno", señala la demandada que no son acertadas las acusaciones del actor, pues la conformación de los órganos de dirección de una entidad, en este caso de creación legal, mientras no sea una situación reglada por la Constitución, le corresponde determinarla libremente al legislador, sin que pueda alegarse por quienes quedan por fuera de ella, derecho adquirido alguno.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Manifiesta la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, que los cargos que trae la demanda, ya han sido objeto de debate a través de los múltiples procesos en los que se ha demandado la anulación de los diferentes decretos de modernización del Estado, y que basta entonces remitirse a la jurisprudencia sentada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 9 de septiembre último, recaída en el proceso 2309, promovido por Juan Manuel Arrieta y otro contra el Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez, con la cual está en un todo de acuerdo, para solicitar se denieguen las pretensiones de la demanda.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se examinarán los cargos en el mismo orden en que han sido reseñados en esta providencia:

Primer cargo. La acusación central en este cargo consiste en que ni el artículo transitorio 20 de la Carta ni la Ley 29 de 1990 autorizan al Estado para desprenderse de la obligación de ofrecer formación técnica profesional ordenada por el artículo 54 *ibídem*, para agregarla a fundaciones sin ánimo de lucro, o asociarse con ellas para tal efecto.

No cabe duda de que la nueva Carta Política determinó una reformulación del deber estatal frente a su compromiso de propiciar la promoción del trabajador. Ciertamente, como lo destaca la parte demandada, el artículo 54 de la Constitución prescribe que es obligación del Estado y de los empleadores **ofrecer** formación y habilitación profesional y técnica a quienes la requieran. Es decir, que no es un compromiso exclusivo del Estado sino también de los particulares, lo cual está en concordancia no sólo con los artículos 2 y 365 de la Carta que consagran, respectivamente, la descentralización por colaboración privada como forma de actuación administrativa, y el criterio material o funcional del servicio público, con prescindencia del ente que lo presta, sino también con otras normas del mismo estatuto superior de las que igualmente se extrae la filosofía consistente en buscar el apoyo de la participación del sector privado en las tareas del Estado. Así por ejemplo, el artículo 71 consagra como deber del Estado crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología; el artículo 339 prevé la existencia de un Plan Nacional de Desarrollo para que el Estado pueda cumplir sus objetivos, metas y prioridades entre otros en el campo económico, que es la base para que conforme al artículo 355 *ibídem*, el Gobierno pueda celebrar contratos con entidades privadas sin

ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público.

La anterior variación significó, en efecto, que la administración representada en el SENA, debió acomodarse a la nueva decisión política, integrando a los empleadores en la ejecución de la finalidad constitucional. La forma en que se hizo, correspondió, sin duda, a una facultad discrecional del gobernante. La actual administración consideró que la mejor manera de lograr la participación de los particulares en el cumplimiento de esta obligación constitucional era a través de la contratación del servicio con personas jurídicas sin ánimo de lucro, de las cuales forma parte el SENA, los empleadores y trabajadores del sector productivo a que corresponde el Centro, las universidades, entidades públicas, entes territoriales y otras personas naturales y jurídicas que tengan interés en vincularse a sus acciones sobre capacitación profesional y técnica y los demás objetivos y funciones señalados en los artículos 2o. y 3o. del estatuto demandado.

Lo anterior sin perjuicio de que determinados programas de carácter social puedan ser ejecutados directamente por el SENA, según lo decida el Consejo Directivo Nacional, tal y como está previsto en el artículo 36 del mismo decreto. Queda así igualmente claro que la descentralización territorial del SENA se cumple de manera señalada y prevista en el decreto impugnado, la que no coincide con la que sugiere el actor, es decir, asignado a las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales la función de crear entes descentralizados para cumplir el cometido previsto en el artículo 54 de la Carta, sin que por ello pueda afirmarse válidamente su quebranto, ni el de ninguna de las demás disposiciones constitucionales que el actor indica como vulneradas, pues al fin y al cabo lo del demandante es un simple juicio de convivencia de las estrategias para el cumplimiento del mandato constitucional que escapa a cualquier control jurisdiccional.

En cuanto a que se infringe por el decreto demandado los artículos 1o., 2o. y 11 de la Ley 29 de 1990 por cuanto la finalidad de ésta es la de que el Estado directamente o en asocio de particulares realice actividades científicas y tecnológicas y proyectos de investigación y creación de tecnologías, mas no la de ofrecer formación técnico-profesional que se contempla en aquél, es una acusación sin fundamento, dado que el decreto no es un desarrollo de la mencionada ley sino del artículo 54 de la Constitución; como tampoco es el ejercicio de las facultades extraordinarias a que se refiere el artículo 11 de la citada ley, la cual se dictó por el Congreso en uso de sus atribuciones previstas en el artículo 76 de la anterior Carta (hoy artículo 150 de la de 1991).

De otra parte no debe perder de vista el actor que el decreto demandado tiene la misma jerarquía normativa que la ley, y que, además, en el presente caso, sus finalidades y objetivos antes que contrariarse, se compaginan y complementan.

En consecuencia, no se quebranta el artículo 54 ni las demás disposiciones constitucionales señaladas por el actor como infringidas.

El cargo, pues, no prospera.

Segundo cargo. No es cierto que el SENA traslade sus bienes a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, como lo plantea el actor, dando a entender que se desprende de su propiedad. El artículo 37 demandado lo que previene es dar, y a título no traslaticio de dominio, sólo las instalaciones y dotaciones que posea o adquiera en el futuro, para lo cual exigirá las garantías de manejo que se requieran, como diáfanamente lo expresa su contenido; lo que resulta lógico, pues si la Constitución y la misma Ley 29 de 1990 preven la suscripción de contratos con entes privados para la colaboración en el fomento de actividades científicas y tecnológicas, es obvio que estas personas jurídicas tengan la administración de los mencionados bienes que el SENA tenía destinados a esas actividades.

No resultan así infringidos los artículos 54 y transitorio 20 de la Carta por el citado y acusado artículo 37, ni por el 36 que se refiere a la "Administración de los Centros" los que si bien serán administrados por las fundaciones, de éstas formará parte el SENA para atender la obligación contenida en el artículo 54 de la Carta y a lo previsto en la Ley 29 de 1990 y las normas que las desarrollan y reglamentan, como así reza el igualmente acusado artículo 36.

Menos aún se puede dar la violación por el literal g) del numeral 6 del artículo 8o., cuando esta previsión sólo contempla la función del Consejo Directivo Nacional de aprobar las propuestas del Director General sobre 'la participación del SENA en la constitución de las personas jurídicas sin ánimo de lucro encargadas de administrar los centros, y el retiro de ellas".

El cargo, entonces, no prospera.

Tercer cargo. Se acusa el numeral 2o. del artículo 10o. del Decreto 2149 de 1992 de quebrantar los artículos 54 y transitorio 20 de la Carta, al omitir asignar al Director General del SENA la función obligatoria que le señala al Estado aquella disposición constitucional.

Por contener esta censura la misma esencia que la del primer cargo, a su análisis se remite la Sala, de lo cual se concluye, necesariamente que la norma aquí acusada no es violatoria de los cánones constitucionales señalados como infringidos.

Cuarto cargo. La primera parte de esta censura se refiere a que los artículos 14 a 20 del decreto demandado transgreden el artículo transitorio 20 de la Constitución por cuanto el Gobierno Nacional no estaba facultado para crear una causal de terminación de contrato de los trabajadores oficiales no establecida en la ley, y que por esta misma razón vulneran el artículo 55 *ibídem*, sobre el derecho de negociación colectiva.

Estima la Sala, como lo ha hecho ya en otras oportunidades, que las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el artículo transitorio 20 lleva insita la de supresión de cargos o empleos; es decir, que cuando esta norma le otorgó al Gobierno Nacional tal facultad, de antemano lo estaba autorizando para esa determinación en la medida en que se requiriera 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.

Desde luego, y como ya lo ha reiterado también esta Corporación, 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 de sus miembros 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 la reestructuración que en el presente caso hiciera del SENA, en un uso legítimo de las atribuciones que le otorgara la mencionada disposición constitucional, con la consecuente y automática terminación del respectivo contrato de trabajo cuando de trabajador oficial se tratase, sin perjuicio, como ya se anotó, de la indemnización a que hubiere lugar, que de igual modo se contempla en las disposiciones acusadas, cuando sobreviniera perjuicio o daño.

En suma, la Sala reitera que bien puede el Decreto acusado establecer la supresión de empleos como causal de retiro o terminación del contrato de trabajo, dada su misma entidad normativa que la ley, circunstancia ésta que en cuanto a la consagración de tal causal se refiere, lo coloca en armonía con el artículo 125 de la Carta que prevé como causal de retiro " ... las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

En estas consideraciones tampoco resulta infringido el artículo 55 de la Carta sobre negociación colectiva que el actor simplemente afirma pero no explica.

Tampoco le asiste razón al actor en la segunda parte del cargo, al señalar que se viola el artículo transitorio 20 y el artículo 13 de la Carta por cuanto la circunstancia de diferenciar para efectos de reconocer y pagar indemnización o bonificación a los empleados que al momento de la supresión de su empleo tengan o no causado el derecho a una pensión (el artículo 25 acusado establece una incompatibilidad entre ésta y aquellas reparaciones a que se refiere el decreto demandado) no implica discriminación por las razones a que se refiere el postulado de igualdad consagrado en el citado artículo 13 de la Constitución.

Además, obsérvese que en este caso no se encuentra en la misma situación el empleado a quien se le suprime el cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad y en el momento de dicha supresión tengan causado el derecho a una pensión,

de aquél que en circunstancia similar no tiene el derecho causado a gozar de esa prestación.

El cargo, pues, no prospera.

Quinto cargo: Se objeta en esa censura que por los artículos 16 y 26 acusados se infringen el artículo transitorio 20 y el 25 de la Constitución por cuanto se atenta contra la libertad de contratación laboral y porque aquella norma transitoria no autoriza regular ningún aspecto relativo a indemnizaciones, y que, al igual, se quebranta el principio de igualdad sobre la base de que el artículo 3o. del Decreto 53 de 1952 no permite la excepción de pagar el 50% de las prestaciones sociales.

El texto de las disposiciones acusadas es del siguiente tenor:

"Artículo 16. Nuevas vinculaciones.- Los empleados públicos y trabajadores oficiales que sean desvinculados del SENA como resultado de la reestructuración a que se refiere este decreto y se vinculen a las corporaciones o fundaciones sin ánimo de lucro creadas con participación del SENA, de conformidad con la Ley 29 de 1990 y con los decretos que la desarrollan, serán vinculados mediante nuevo contrato de trabajo.

"Para estos efectos, el régimen jurídico laboral aplicable en el nuevo empleo o cargo, será el régimen ordinario vigente de la persona jurídica con la cual se realice la nueva vinculación, sin que haya lugar a excepciones o condiciones especiales".

"Artículo 26. Incompatibilidad con nuevas vinculaciones. Cuando un empleado público o trabajador oficial se desvincule del SENA como resultado de la reestructuración de la entidad a que se refiere este decreto y se vincule a una persona jurídica sin ánimo de lucro creada con participación del SENA, de conformidad con la Ley 29 de 1990 y con los decretos que la desarrollen, no habrá lugar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones o bonificaciones previstas en este decreto".

No se entiende cómo se vulnera la libertad de contratar, si lo que establecen las normas pretranscritas, acusadas, es la posibilidad que tienen los empleados del SENA de vincularse a las corporaciones o fundaciones sin ánimo de lucro creadas de conformidad con la Ley 29 de 1990. Si las condiciones laborales ofrecidas por estas entidades son inferiores a las consagradas antes por el SENA, el trabajador podrá rechazar la oferta y deberá ser indemnizado como todo aquel que fue despedido. Sin embargo, es obvio que si las condiciones ofrecidas al empleado son iguales o mejores a las que gozaba, y rechaza la propuesta de trabajo, esto se considera como una salida voluntaria del empleado, y por supuesto no se genera en su favor ningún tipo de indemnización, como atinadamente lo concibió la demandada.

Sobre este particular, la Sala en providencia de 22 de abril de 1993, dictada en el expediente No. 2326, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, dijo:

"Para la Sala resulta claro que al pago de una indemnización o bonificación, tiene por causa el precaver el resarcimiento de un perjuicio que se puede irrogar, como en el caso en comento, al empleado público o trabajador oficial que en un momento dado quede desvinculado de su cargo o empleo en razón de la reestructuración de la entidad a la cual presta sus servicios.

"Sin embargo, si dicho empleado o trabajador oficial no queda cesante, sino que por el contrario, va a ser vinculado a otra entidad creada con participación de la misma que es objeto de reestructuración, no sufre perjuicio o daño alguno, lo que hace desaparecer lógicamente el motivo de la indemnización o bonificación".

Finalmente, acudir al argumento de que no se permite la excepción de pagar el 50% de las prestaciones sociales, con fundamento en el artículo 3o. del Decreto 53 de 1952 (reglamentario del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo), el cual reza que "Los patronos de que trata el artículo lo., estarán obligados al pago del cincuenta por ciento (50%) de cada una de las prestaciones que fija la ley", para deducir una presunta violación del principio de igualdad (art. 13 de la Constitución), resulta equivocado, pues constituye objeción absolutamente impertinente, si se tiene en cuenta que los artículos acusados no contienen disposición alguna relativa y específica al régimen de prestaciones sociales sino que se remite a señalar que el régimen laboral aplicable en el nuevo empleo o cargo será el "ordinario vigente de la persona jurídica con la cual se realice la nueva vinculación, sin que haya lugar a excepciones o condiciones especiales".

Son suficientes las precedentes reflexiones para concluir que el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Sexto cargo. Esta censura como atrás quedó reseñada, se contrae a que los artículos 17, 18 y 39 son expresión de una extralimitación del ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 20 de la Carta al ordenar tales preceptos, continuar la reestructuración del SENA más allá del 7 de enero de 1993, función del Gobierno Nacional que es indelegable.

Al resolverse la solicitud de suspensión provisional, la Sala determinó sobre el señalado cargo, lo siguiente:

> "En lo que guarda relación con el sexto cargo de violación manifiesta que endilga el actor a los artículos 17, 18 y 39, se remite la Sala a lo expresado en providencia de 22 de abril de 1993, expediente No. 2326, actor: Carlos Alberto Ballesteros Barón, ponente: Consejero doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ en que se decretó la suspensión de los efectos de estas disposiciones en la que se consideró que el término allí previsto para la supresión de cargos o empleos como

consecuencia de la reestructuración no podía ser prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1994, ya que la facultad otorgada al Gobierno Nacional en el mencionado artículo transitorio 20 le fue dada para ser ejercida dentro del perentorio término de 18 meses que, como ya se ha dicho en diversas providencias, precluyó el 7 de enero de 1993. Por esta razón la Sala se abstiene de hacer un nuevo pronunciamiento al respecto y ordenará en la parte resolutiva de esta providencia, estar a lo resuelto en el proveído antes citado", donde se decretó la suspensión provisional de las citadas normas acusadas.

Empero, ahora la Sala sobre el mencionado aspecto se permite reiterar el criterio expuesto en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309, actores: Juan Manuel Arrieta y Luis Raúl Vanegas Alvarado, Consejero Ponente, doctor Miguel González Rodríguez, allí se dijo:

"En relación con las funciones que el Gobierno mediante el decreto acusado le delegó a la Junta Directiva del ICA y que concreta la actora en los artículos 7o. y 13 a 18, la Sala hace las siguientes precisiones:

"El artículo 150 de la Constitución Política prescribe:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones ... 7. Determinar la estructura de la administración nacional, y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica...".

"El artículo 189 *ibídem* le otorga al Presidente de la República como jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, entre otras, las siguientes funciones:

"1.5. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley".

"1.6. Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

"Del contenido de las disposiciones transcritas se infiere que la facultad que le dio el artículo transitorio al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses, contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, sin duda alguna tiene carácter legislativo, pues teniendo en cuenta que para la época de expedición de la nueva Carta, el Congreso se hallaba en receso originado por la revocatoria de su mandato, no podía el Gobierno hacer uso de sus atribuciones constitucionales contenidas en los numerales 15 y 16, de carácter administrativo, pues para ello era menester que obrara CON SUJECION O DE CONFORMIDAD CON LA LEY.

"Estando demostrada la naturaleza legislativa de la función excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, ciertamente, y en este sentido la Sala rectifica la posición que ha venido sosteniendo, frente al señalamiento del plazo para que la Junta Directiva o el Consejo Directivo de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Estado, adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas dentro del plazo de 18 meses, en cuanto a que no puede considerarse 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 resulten privadas de su cargo o empleo".

Por estas razones, el cargo no prospera, y, así, habrá de dejarse sin efecto lo ordenado en el numeral 2o. de la parte resolutiva del auto de 10 de junio de 1993 (admisorio de la demanda en este proceso), que dispuso:

"En cuanto a la suspensión provisional de los artículos 17, 18 y 39 acusados, estese a lo resuelto en providencia de 22 de abril de 1993, expediente No. 2326, actor: Carlos Alberto Ballesteros Barón, Ponente: Consejero doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ", que como ya se dijo, fueron por dicho auto suspendidos en sus efectos.

Séptimo cargo: Se afirma aquí la violación del artículo transitorio 20 de la Carta, aduciéndose que esta norma no autorizaba al Gobierno para modificar el régimen laboral de los empleados públicos.

Es inaceptable esta aseveración por cuanto las previsiones laborales contenidas en el decreto acusado son una consecuencia lógica de la reestructuración de la entidad y del cambio en la planta de personal que ella comporta, sin que por ello se pueda decir que de esta manera el decreto modifica íntegramente el régimen laboral de sus empleados, como equivocadamente lo sugiere el actor.

Sobre este particular, estese el actor igualmente a lo atrás expuesto al examinar la Sala el "cuarto cargo".

En consecuencia, este séptimo cargo no está llamado a prosperar.

Octavo cargo. Consiste, como atrás se anotó, en que se vulneran los artículos 13 y 19 de la Constitución sobre la libertad e igualdad religiosa por establecer los artículos 6o. -numeral 4- y 7o. -numeral 2-, demandados, un representante de la Conferencia Episcopal en el Consejo Directivo del SENA.

Ninguna relación guarda la acusación con la libertad de cultos que se consagra en el artículo 19 de la Constitución.

De otra parte, la conformación de los órganos de dirección de una entidad, en este caso de creación legal, como lo es el SENA, mientras no sea una situación reglada por la Constitución, le corresponde determinarla libremente al legislador -sustituído en esta ocasión, conforme a los términos del artículo transitorio 20 por el Gobierno Nacional- sin que pueda alegarse por quienes queden por fuera de ella, una especie de derecho adquirido, como lo sostiene la parte demandada. Lo contrario significaría que se sintieran usurpados en sus derechos todas las personas, incluyendo las apremiaciones o asociaciones que no fueran llamadas por el decreto a coadministrar el SENA, "excluídas" de la conformación del Consejo Directivo de esta entidad.

El cargo, pues, no está llamado a prosperar.

Noveno cargo. Según esta censura, también ya reseñada, se menoscaba la libertad de los trabajadores y los campesinos al ser el Gobierno quien designa sus representantes en el Consejo Directivo del SENA.

La Sala reitera lo dicho en el examen del cargo precedente. Pero agrega, sin embargo, que lo previsto en la preceptiva acusada -numerales 3 y 5 del artículo 7o.-es bien diferente, pues según su texto las clases trabajadora y campesina continúan con asiento en el Consejo Directivo del SENA y la elección de sus representantes sigue estando en cabeza de estos gremios, por tener ellos la libertad de escoger sus respectivas listas a las que habrá de ceñirse el Ministro de Trabajo y Seguridad Social al momento de la designación.

No se violan, en consecuencia, los artículos 13 y 39 de la Carta Política.

Décimo cargo. Afirmar el actor que se infringió el artículo transitorio 20 por no haber tenido en cuenta el Gobierno las observaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora.

En lo relativo a este punto, 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 sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesorara al Gobierno en la tarea asignada, asesoría ésta que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar".

En suma, según se evidencia claramente del tenor de la norma constitucional, el titular del mandato conferido por el artículo transitorio 20, era el Gobierno y no la Comisión. La función de ésta, como se anotó, era la de recomendar, sugerir, correspondiéndole al Gobierno calificar la bondad de la ayuda y tomar finalmente la decisión.

Tampoco este cargo tiene vocación de prosperidad.

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

FALLA:

1o. DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

2o. DEJASE sin efecto lo ordenado en el numeral 2o. de la parte resolutiva del auto de 10 de junio de 1993 (fis. 43 a 53) por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3o. Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEPARTAMIENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL-Reestructuración/**PLANTA DE PERSONAL/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**-Temporalidad/**COMISION ASESORA DEL GOBIERNO/GOBIERNO NACIONAL**-Facultades

La facultad excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional en el artículo transitorío 20 es de carácter legislativo, en razón de la materia que regula (art. 150 numeral 7o.), y 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, como lo hizo en los artículos 24 y 27 del decreto enjuiciado, y prever la revisión de la misma, como lo estatuyó en el artículo 26 *ibídem,* término este 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 misina resultaren privadas de su cargo o empleo. En lo que atañe a las recomendaciones de la Comisión Asesora, reitera la Sala una vez más que del contenido del artículo transitorio 20 se infiere que el querer del Constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho admínistratívo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la

materia, asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar y por lo mismo las recomendaciones o sugerencias no pueden tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional, porque de considerarse así quien asumiría la labor de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades previstas en la norma transitoria en cita sería aquélla y no éste, y tal alcance no fue pretendido en la preceptiva transitoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2508. Acción: Nulidad. Actor: Andrés Martínez Martínez.

El ciudadano ANDRES MARTINEZ MARTINEZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 21 a 38 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 en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita el actor como infringidos por el acto acusado, el preámbulo y los artículos 1o., 2o., 5o., 16, 22, 39, 42, 44, 53, 58, 93, 94, 122, 125, 189 numerales 14y 16, 165, 345 y Transitorio 20 de la Constitución Política.

Hace consistir el concepto de la violación a través de los siguientes cargos que pueden resumirse así:

PRIMER CARGO:

El Gobierno Nacional, a través de los artículos 24, 26 y 27 del decreto acusado quebrantó el artículo transitorio 20 de la Carta al prorrogar el término de 18 meses previsto en esta norma.

Igualmente se vulneró la citada norma transitoria a través de los artículos 21 a 38 porque se desconocieron los derechos mínimos de los empleados oficiales del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

También se violó la misma norma mediante el establecimiento del sistema de indemnizaciones y bonificaciones consagrado en los artículos 28 a 38 del decreto demandado.

De la misma manera se violó la referida norma al no tener en cuenta el Gobierno Nacional las recomendaciones de la Comisión Asesora.

SEGUNDO CARGO:

Los artículos 21 a 38 del decreto acusado violan los artículos 25, 93, 94, 125 y 209 de la Constitución porque no se cumplen los principios enunciados en ellos.

Los artículos 26, 27 y 37 violan el artículo 345 de la Carta, porque todo gasto público debe ser decretado previamente por el Congreso.

TERCER CARGO:

Los artículos 21 a 38 del decreto cuestionado violan el Preámbulo y los artículos 1o., 2o., 5o., 22, 25, 42, 44, 53, 58, 93, 94 y 125 de la Constitución, por cuanto al regular lo concerniente al procedimiento para la supresión de empleos y lo atinente a las indemnizaciones y bonificaciones de los empleados del Departamento Administrativo del Servicio Civil, desprotegen el derecho al trabajo, desconocen la carrera administrativa y atentan contra la estabilidad en los cargos en detrimento de la eficiencia de la función pública, como se deduce del fallo proferido por la Corte Constitucional el 13 de agosto de 1992.

CUARTO CARGO:

El artículo 25 del decreto acusado viola el artículo 39 de la Carta porque desconoce a los trabajadores oficiales las garantías sindicales consagradas en esta norma constitucional.

QUINTO CARGO:

El artículo 21 del decreto impugnado viola los artículos 125 y 58 de la Carta porque mediante su aplicación se atenta contra el funcionamiento de la carrera administrativa y se desconoce el fuero sindical.

Los artículos 22 a 30 del mismo decreto infringen aquellas normas constitucionales por cuanto atentan contra la estabilidad laboral, ya que los trabajadores no pueden ser desvinculados de sus cargos por cosas objetivas. Los que tienen fuero sindical no pueden ser trasladados sin previo permiso judicial.

SEXTO CARGO:

Los artículos 23 y 24 y 33 y 34 del decreto acusado violan los artículos 189 numeral 14 y 53 de la Constitución porque la facultad de suprimir empleos le corresponde al Ejecutivo, pero en el evento previsto en el artículo transitorio 20, éste sólo podía hacerlo dentro del témino allí fijado, y no puede el Gobierno calificar los elementos integrantes del salario ya que ésta es función del Juez.

También se violan las disposiciones constitucionales señaladas por cuanto el artículo 33 del decreto acusado excluye el tiempo laborado en otras dependencias para la fijación de la indemnización.

SEPTIMO CARGO:

El artículo 27 del decreto acusado viola los artículos 189 numeral 16 y 122 de la Constitución Política, porque si bien al Presidente de la República le corresponde la creación, supresión o fusión de empleos, éstos deben estar amparados en una planta de personal que no puede ser confeccionada arbitrariamente.

II- ACTUACION

Mediante proveído de 6 de agosto de 1993 se admitió la demanda, y en cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los artículos 24 y 27 del decreto acusado se ordenó estar a lo resuelto en la providencia de 15 de julio de 1993, expediente No. 2451, actora: María Consuelo Trujillo García, Consejero Ponente: doctor Miguel González Rodríguez.

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 argumentando, en síntesis, lo siguiente:

1o): En el sector central de la Administración, la facultad de determinar la composición de las plantas de personal es propia del Presidente de la República, conforme al artículo 189 numeral 14 de la Constitución Política.

El artículo transitorio 20 le dio al Gobierno Nacional un mandato para que cumpliera temporalmente (18 meses), una labor propia del legislador ordinario y nada impedía que el Gobierno, como legislador excepcional, le estableciera un plazo perentorio al Presidente de la República para dar expresión y vida al proceso de reestructuración sin perjuicio de que las mismas facultades las conservara en forma permanente.

La exigencia constitucional del artículo transitorio 20 no es la existencia del consenso en la toma de decisiones de los miembros de la Comisión, pues tal compromiso implicaría que ésta tuviera un carácter de colegislador, lo cual no se deduce del texto de la norma citada. Además, la expresión "tener en cuenta" no significa "acoger".

2o): a): Las previsiones laborales contenidas en el decreto acusado son una consecuencia lógica de la reestructuración de la entidad y del cambio en la planta de personal que ella comporta. En consecuencia, en ningún momento el decreto pretende disponer de los derechos constitucionales que señala el actor ni desconocer las garantías que estas normas constitucionales establecen.

En ningún derecho como en el del trabajo, la primacía del interés general se observa tan claramente. 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.

El derecho al trabajo no puede confundirse con el derecho al empleo. Este se refiere siempre a una modalidad subordinada y dependiente de aquél, y como relación contractual que es, puede terminarse como todo contrato, y cuando ello sucede el trabajador queda desempleado, pero de ninguna manera se le ha conculcado su derecho al trabajo. De considerarse así, ningún contrato de trabajo podría terminar.

b): Del contenido del artículo 189 numeral 14 se deduce que el Presidente está posibilitado para realizar las transferencias presupuestales que demande un proceso de modificación masiva de las plantas de personal del sector central, como lo exigen los decretos de modernización expedidos por el Gobierno Nacional. Así lo expresó la Sala en auto de 15 de julio de 1993, expediente 2451.

3o): El concepto de violación expuesto por el actor en el cargo tercero no guarda relación con la mayoría de los artículos constitucionales que menciona como violados.

El preámbulo de la Constitución incluye el trabajo como uno de los elementos que deben ser asegurados a través de la Carta, pero éste no es el único ni tampoco el primordial. Junto a él se encuentran otros como la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, y por el orden en que fueron enumerados debe concluirse forzosamente que el trabajo se halla supeditado a los derechos que lo anteceden.

4o): El cuarto cargo debe desestimarse por cuanto no se indica en forma clara el sentido de la infracción.

5o): Los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con base en el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza de la ley, con capacidad suficiente para modificar, adicionar o derogar las leyes preexistentes, por lo cual el Gobierno, en razón de la magnitud de la reforma de la Administración, debió crear una nueva normatividad, decretando medidas complementarias a las referidas en la norma constitucional habilitante que resultaron estrictamente necesarias para el logro de las finalidades propuestas.

6o): El artículo transitorio 20 faculta al Gobierno Nacional para poner en consonancia con la reforma constitucional las entidades de la Administración Central allí mencionadas. Así, el Gobierno adquirió transitoriamente la potestad legislativa para los efectos de que trata dicho artículo pudiendo ordenar la desvinculación del personal de las entidades y establecer un régimen especial de indemnizaciones y bonificaciones para quienes resultaren desvinculados por razón de la necesidad de la reestructuración.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Respecto del primer cargo y concretamente frente a la censura que plantea el actor en tomo de la prórroga del plazo contenido en el artículo transitorio 20 de la Carta, la Sala reitera lo expresado en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencias de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, actor, Juan Manuel Arrieta Herrera y otro, y de 11 de noviembre del mismo año, expediente No. 2451, actora, María Consuelo Trujillo García, en cuanto a que la facultad excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20, es de carácter legislativo, en razón de la materia que regula (artículo 150 numeral 7o.), y 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 térinino 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 aquel establecer un término para adecuar la planta de personal, como lo hizo en los artículos 24 y 27 del decreto enjuiciado, y prever la revisión de la misma, como lo estatuyó en el artículo 26 *ibídem,* término este 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.

En consecuencia, no prospera el cargo y por lo tanto se dejará sin efecto lo dispuesto en el numeral 2o. del auto de 6 de agosto de 1993.

En lo que atañe a las recomendaciones de la Comisión Asesora, reitera la Sala una vez más que del contenido del artículo transitorio 20, se infiere que el querer del constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de aconsej ar, sugerir o ilustrar y por lo mismo las recomendaciones o sugerencias no pueden tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional, porque de considerarse así quien asumiría la labor de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades previstas en la norma transitoria en cita sería aquella y no éste, y tal alcance no fue el pretendido en la preceptiva transitoria.

No encuentra, pues, la Sala, el quebrantamiento de la norma transitoria que aduce el actor, por lo cual habrá de desestimarse el cargo.

En relación con los cargos 1o. y 2o. a 7o. cabe observar:

Los artículos 21 a 39 del Decreto 2169 de 1992 prevén la supresión de cargos o empleos en el Departamento Ádministrativo del Servicio Civil como resultado de la reestructuración del mismo y en consecuencia la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos y contractual de los trabajadores oficiales, así

como el pago de las indemnizaciones y bonificaciones y las incompatibilidades de éstas frente a otras indemnizaciones.

Según el actor, dichas disposiciones vulneran el preámbulo y los artículos 25, 39, 42, 44, 53, 58, 93, 94, 122, 125, 189, numerales 14 y 16, 209 y transitorio 20 de la Constitución Política, al desconocer los principios enunciados en ellos, así como el derecho al trabajo, la carrera administrativa, la estabilidad laboral, los derechos mínimos de los trabajadores oficiales y las garantías sindicales.

En las sentencias referidas *ab initio* de estas consideraciones, dijo la Sala:

"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 o empleos, es decir, 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 necesidadesdel 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 indenmizarlo para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquel 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 causales 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 demás, asiste razón al apoderado de la demandada cuando afirma que teniendo los decretos expedidos por el Gobierno Nacional la misma fuerza o entidad normativa que la ley, tienen capacidad por lo mismo para modificar, adicionar o derogar leyes preexistentes.

Por lo anterior, no están llamados a prosperar los citados cargos.

Endilga el actor en el segundo cargo la violación del artículo 345 de la Carta por parte de los artículos 26, 27 y 37 del decreto impugnado. Al respecto ha precisado la Sala que el GobiernoNacional conforme al artículo 189 numeral 14 de la Constitución Política, puede imponer o crear obligaciones con cargo al tesoro público, siempre y cuando no excedan del monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. Ello significa que sólo en la medida en que las operaciones y traslados presupuestases previstos en el decreto objeto de estudio excedan dicho monto global, podrá decirse que se han quebrantado las normas superiores. Y como este aspecto resulta ajeno a la controversia, no tiene vocación de prosperidad el cargo.

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): DEJASE sin efecto lo dispuesto en el numeral 2o. de la parte resolutiva del auto de 6 de agosto de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONCEJO MUNICIPAL -Facultades/**FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/IMPUESTO DE CONSTRUCCION**-Improcedencia/**PURGA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Improcedencia/**ESPACIO PUBLICO/PATRIMONIO CULTURAL/PATRIMONIO ARTISTICO**

En el caso *sub-lite* no hay duda para la Sala que la obligación de que habla el acto administrativo cuya nulidad se impetra, encaja dentro del concepto de impuesto, ya que se trata de una obligación que impuso el Concejo Municipal a través del acuerdo demandado sobre la actividad de la construcción cuando ella se desarrolla en un área superior de 2.000 metros cuadrados, sin acuerdo previo de los mismos constructores, sin que los mismos reciban contraprestación alguna del municipio y siendo esta obligación susceptible de estimarse en dinero equivalente al 70% del valor liquidado como impuesto a la construcción. En cuanto hace relación al argumento de que conforme al artículo 338, inciso 2o., de la nueva Constitución, las autoridades locales tienen la posibilidad de fijar tasas y contribuciones, y que por tanto, se produjo el fenómeno de la purga de inconstitucionalidad, estima la Sala que, como ya se dijo, no se está en presencia de una tasa o contribución, sino de un impuesto, por lo que desde este punto de vista no puede hablarse de purga de inconstitucionalidad. La dotación de una obra de arte ejecutada por un artista inscrito en el registro; la contribución a la configuración o remodelación de los espacios públicos o la construcción, ampliación, adecuación, mejora, reforma, remodelación o restauración de bienes inmuebles de propiedad de las entidades catalogadas como patrimonio cultural, formas estas alternativas de cumplir la obligación de que trata

el acuerdo acusado, son igualmente susceptibles de valoración económica, que participan de los elementos constitutivos del impuesto, y para cuya imposición, tanto en la antigua como en la nueva Carta Política, están subordinadas a la Ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (2 1) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2647. Recursos de apelación contra la sentencia de 18 de junio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: Hans Wagner Jaramillo.

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por el Procurador 32 en lo Judicial del Tribunal Administrativo de Antioquia y la apoderada del municipio de Medellín, contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad del Acuerdo No. 12 de 17 de abril de 1991, expedido por el Concejo Municipal deMedellín "Por medio del cual se promueve el mejoramiento del espacio público y el fomento del patrimonio cultural y artístico de la ciudad".

I-. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para decretar la nulidad del acto acusado, consideró el *a-quo*, en síntesis, lo siguiente:

1o): El acuerdo acusado impuso a los constructores, personas naturales o jurídicas de la ciudad de Medellín, una obligación de efectuar un aporte al espacio público o al patrimonio cultural y artístico de la misma, obligación que equivale al 70% de la suma liquidada como impuesto de construcción para la obra a efectuar.

2o): El punto central a discutir radica en la consideración de que tal acuerdo crea un gravamen u obligación tributaria y si el Concejo de Medellín tiene autorización legal para imponerlo.

3o): Los doctores Enrique Low Murtra y Jorge Gómez Ricardo, en su obra "Política Fiscal", hacen distinción clara y precisa de los conceptos de impuesto, tasa, contribución y obligación tributaria.

El artículo 313 de la Constitución Nacional en su numeral 7o. menciona que a los Concejos les corresponde reglamentar los usos del suelo, dentro de los límites que fije la ley; en el numeral 9o. los faculta para dictar normas para el control y defensa del patrimonio cultural del municipio.

4o): En las normas aludidas no se da ninguna atribución para fijar impuestos. Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia C-00493 de 14 de enero de 1993 dijo: "La posibilidad de imponer tributos se encuentra ligada de manera estrecha al concepto ley, a partir de allí, al origen mismo del derecho constitucional.

La Carta del 91 consagra claramente el principio de legalidad de los impuestos al señalar que es función de la ley "establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, parafiscales..." (art. 150-12). Así mismo autoriza a las asambleas departamentales y concejos municipales para decretar o votar contribuciones o tributos fiscales locales, conforme a la ley (arts. 300-4, 3 13-3 y 338)".

"En cualquier caso, la Carta subordina el poder tributario de las entidades territoriales a la ley, en desarrollo del principio de unidad consagrado en el artículo 1o.)".

También en jurisprudencias reiteradas del Consejo de Estado, se ha precisado que la competencia impositiva de los Concejos, se halla condicionada y limitada por la Constitución, la ley y las ordenanzas.

5o): La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de marzo de 1980, con ponencia del MagistradoLuis Carlos Sáchica, señaló:

> "... Los Concejos tampoco gozan de iniciativa tributario, debiendo limitarse a votar, organizar y reglamentar aquellos gravámenes que la ley haya creado o autorizado con destino a los municipios, con subordinación a la Constitución, la ley y las ordenanzas".

Los aspectos expuestos anteriormente se ajustan también a las normas constitucionales vigentes.

6o): El artículo 171 del C. de R. M. faculta a las Asambleas y Concejos Municipales para imponer contribuciones, lo cual concuerda con el artículo 338 de la Constitución Nacional. Pero es diferente una contribución a un impuesto y este sólo se puede establecer si hay una norma expresa que lo ordene y regule. Y como esta norma no existe, en consecuencia el acto impugnado debe anularse.

7o): No puede confundirse el tributo impuesto en el acuerdo con los impuestos que puede crear el Concejo Municipal con base en el artículo 233 del C. de R. M., ya que dentro de ellos no se contempla ninguno que tenga que ver con el patrimonio cultural y artístico o para el mejoramiento del espacio público, como lo describe el Acuerdo objeto de análisis.

8o): En síntesis, el acto acusado es ilegal ya que la Corporación que lo expidió no tiene competencia para fijar impuestos.

II-. LOS RECURSOS DE APELACION

A): El Procurador 32 en lo Judicial del Tribunal Administrativo de Antioquia, fundamentó su inconformidad con el fallo apelado, en síntesis, así:

El artículo 338 inciso 1o. de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 4o. del artículo 313 *ibídem,* otorga la facultad a los Concejos de reglamentar la tributación local, con los límites que establecen la Carta y la ley.

Se dice que reglamentar por cuanto, según desarrollo jurisprudencial de la anterior y nueva Constitución, los cabildos no tienen iniciativa para crear impuestos. Esta prohibición fue tomada de la que existía más o menos con la misma redacción en la Constitución de 1886 (artículos 43 y 197, numeral 2o.), y si se confronta el Acuerdo

demandado con las normas citadas de la vieja y la nueva Constitución, se tiene que llegar a la conclusión de que es inconstitucional.

Pese a lo anterior la Carta de 1991 colocó en cabeza de las autoridades locales la posibilidad de fijar 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". Esta facultad se desprende del inciso 2o. del artículo 338 de la nueva Constitución, inciso este que es indispensable del primero y determina una competencia diferente a la impositiva que está consagrada en éste.

De la lectura del Acuerdo 12 de abril de 1991 se concluye que él no es más que el desarrollo del inciso 2o. del artículo 338 de la nueva Constitución, lo que significa que en el presente caso se produjo el fenómeno de la purga de inconstitucionalidad.

B): La apoderada del municipio de Medellín fundamenta el recurso con base en los siguientes argumentos que pueden resumirse así:

El acuerdo acusado no crea un nuevo tributo puesto que los municipios de acuerdo con sus normas de planeación, urbanismo y construcción, pueden ordenar que los constructores de urbanizaciones que sobrepasen de determinado número de metros cuadrados, según la zona y como una forma de promover el mejoramiento del espacio público, cumplan con lo impuesto en el Acuerdo.

En ningún momento puede decirse que el referido acuerdo impone un doble tributo, ya que desde el punto de vista técnico, en las normas de urbanismo, planeación o construcción, toda carga que se impone no es necesariamente un impuesto, sino exigencias técnicas o urbanísticas, como por ejemplo cuando se impone la cesión de fajas; la edificación de barreras de protección para la urbanización; la adecuación de vías, la acometida de acueducto y alcantarillado, etc.

Si se considera que por el pago en dinero el acuerdo establece un doble tributo, la nulidad no debe ser total sino sólo en lo que atañe a la obligación de consignar el pago en la cuenta especial para el fomento cultural y artístico.

III-. LA DECISION

No se encuentra causal de nulidad que invalide lo actuado y para resolver se

CONSIDERA

Asiste razón al *a-quo* y en consecuencia habrá de confirmarse el fallo apelado. En efecto, esta Corporación en sentencia de 4 de abril de 1991, expediente 1177, actor: Santiago Uribe, ponente: Consejero Miguel González Rodríguez, tuvo ocasión de pronunciarse frente al Acuerdo No. 36 de 22 de diciembre de 1982, emanado del Concejo Municipal de Medellín, por medio del cual se impuso a los constructores de la ciudad, cuya área a construir excediera de 2.000 metros cuadrados, la obligación de dotar la edificación respectiva de una obra de arte o asumir la construcción, adecuación, ampliación, mejoras, remodelación, restauración de entidades, instituciones o bienes correspondientes al patrimonio cultural de la ciudad, o consignar a favor del municipio

el 70% del valor liquidado como impuesto a la construcción, es decir, un caso similar al que hoy ocupa la atención de la Sala, y, en ella expresó:

> "... Reiteradamente ha sostenido la Sala que en el concepto de impuesto, contribución o gravamen, están implicados un beneficiario que es el Estado, un sujeto pasivo que es la persona o entidad sobre quien recae la carga u obligación de pagarlo y un objeto imponible que constituye la materia que da lugar al tributo, objeto este que presenta diversas características, ya que algunas veces lo gravado es un objeto en particular, en otras está constituído sobre el conjunto de bienes de una persona como el impuesto al patrimonio, en ciertas oportunidades recae sobre determinadas actividades de las personas y en otras sobre el rendimiento producido por la actividad humana o por el capital como acontece con el impuesto sobre la renta (Sentencia de mayo 12 de 1977, consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla).
>
> Por lo demás el concepto de impuesto implica que el obligado a sufragarlo no perciba beneficio alguno por el hecho de cumplircon la obligación impuesta; que este se imponga a personas o conjunto de personas o actividades que quedan obligadas en virtud de la ley o acto administrativo que lo crea; que quienes quedan obligados no puedan sustraerse al cumplimiento de dicha obligación, y, finalmente, que la imposición no se da por acuerdo de voluntades entre el beneficiario y el sujeto pasivo de la misma, sino por el solo querer de quien lo impone.
>
> En el caso *sub-lite* no hay duda para la Sala que la obligación de que habla el acto administrativo cuya nulidad se impetra, encaja dentro del concepto de impuesto, ya que se trata de una obligación que impuso el Concejo Municipal de Medellín a través del acuerdo demandado sobre la actividad de la construcción, cuando ella se desarrolla en un área superior a 2.000 metros cuadrados, sin acuerdo previo de los mismos constructores, sin que los mismos reciban contraprestación alguna del municipio de Medellín y siendo esta obligación susceptible de estimarse en dinero equivalente al 70% del valor liquidado como impuesto a la construcción.
>
> 3. Establecido desde ya que se trata de una tribulación, la Sala considera que se estaría en presencia de un doble gravamen sobre la misma actividad, lo cual está prohibido, pues se trata de evitar el caos impositivo que conlleva inseguridad y desestímulo de la iniciativa de los particulares como ya lo dijo la Sala en la sentencia de 12 de mayo de 1977, antes citada.
>
> 4. Por lo demás, la competencia impositiva de los Concejos Municipales se encuentra condicionada y limitada por la Constitución y la ley (arts. 43 y 197-2 de la Constitución Política), y en el caso que ocupa la atención de la Sala, el Concejo de Medellín carecía de competencia para imponer el tributo, pues, en las normas que le sirvieron de fundamento al acuerdo, no existe facultad alguna al respecto".

En cuanto hace relación al argumento de que confonne al artículo 338, inciso 2o., de la nueva Constitución, las autoridades locales tienen la posibilidad de fijar tasas y contribuciones, y que por tanto, se produjo el fenómeno de la purga de inconstitucionalidad, estima la Sala que, como ya se dijo, no se está en presencia de una tasa o contribución, sino de un impuesto, por lo que desde este punto de vista no puede hablarse de purga de inconstitucionalidad.

Para responder a la petición subsidiaria de la apoderada del municipio de Medellín en cuanto a que sólo sería anulable la expresión del acuerdo que contiene como una de las formas de cumplir la obligación impuesta el pago en dinero, agrega la Sala que no es atendible tal petición dado que la dotación de una obra de arte ejecutada por un artista inscrito en el registro; la contribución a la configuración o remodelación de los espacios públicos o la construcción, ampliación, adecuación, mejora, reforma, remodelación o restauración de bienes inmuebles de propiedad de las entidades catalogadas como patrimonio cultural, formas estas alternativas de cumplir la obligación de que trata el acuerdo acusado en los artículos 3o. a 5o., son igualmente susceptibles de valoración económica, que participan de los elementos constitutivos del impuesto, y para cuya imposición, tanto en la antigua como en la nueva Carta Política, están subordinadas a la ley.

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 el fallo apelado.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de enero de 1994.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodriguez, Yesid Rojas Serrano*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 4 de abril de 1991, Exp. 1177.

COMISION ASESORA DEL GOBIERNO

La finalidad buscada por el constituyente en el artículo transitorio 20 fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conocimientos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha Comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así, quien vendría a asumir las facultades allí previstas habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarlas a efecto. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada en el numeral 2o. del auto de 4 de junio de 1993 en lo referente al artículo 4o. del Decreto 2146 de 30 de diciembre de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES/ GOBIERNO NACIONAL-Facultades/SUPRESION DE EMPLEOS/INDEMNIZACION

Las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, por la materia que regulan, que son las mismas que esta le atribuye en forma ordinaria al Congreso de la República (art. 150 numeral 7o.), tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar imposibilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno Nacional. 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 se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada en el numeral 2o. del auto de 4 de junio de 1993 en lo referente al artículo 4o. del Decreto 2146 de 30 de diciembre de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

DECRETO LEGISLATIVO DE FUNCIONES CONSTITUCIONALES-Temporalidad/**PROSOCIAL**-Reestructuración/**JUNTA DIRECTIVA**-Facultades/ **PLANTA DE PERSONAL**

El señalamiento del plazo para que la autoridad competente adecue 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 una entidad descentralizada es función de carácter administrativo y permanente de las juntas directivas para cuyo ejercicio no requieren de autorización expresa ni de la indicación de término alguno. Por tal razón, la indicación del término "no superior a un año contado a partir de la vigencia del presente decreto" para que el Consejo Directivo de PROSOCIAL establezca la organización administrativa, el ajuste de la planta de personal, supresión, modificación y fusión de los cargos y dependencias que sean necesarias, ha de entenderse circunscrita al fín específico de los efectos de la decisión de reestructuración adoptada y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de ella resulten privadas de su cargo o empleo, sin que ello de ninguna manera constituya prórroga o ampliación del término previsto en el artículo transitorio 20, pues, como ya se dijo, las funciones que este prevé y las asignadas en el decreto en estudio detentan una naturaleza diferente. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada en el numeral 2o. del auto de 4 de junio de 1993 en lo referente al artículo 4o. del Decreto 2146 de 30 de diciembre de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2389. Decretos del Gobierno. Actor: Jairo Villegas Arbeláez.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro de la demanda de nulidad propuesta por el ciudadano y abogado Jairo Villegas Arbeláez contra el Decreto No. 2146 de 1992, "Por el cual se reestructura la PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL - PROSOCIAL-", expedido por el Presidente de la República, "en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Política".

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS

Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

De la violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, el actor deriva la inconstitucionalidad del acto acusado. En las razones que se resumen a continuación, fundamenta los siguientes cargos contra el acto enjuiciado:

1o. Es inconstitucional todo el Decreto 2146 de 1992 por haberse expedido sin el cumplimiento del requisito expreso de "evaluación y recomendaciones de una comisión...".

En apoyo de esta apreciación, el demandante expresa que los documentos que existen al respecto, por ser apócrifos, no son actas y que no existiendo éstas, no puede haber "evaluación y recomendación de una comisión".

2o. Es inconstitucional todo el decreto "por violar el fin pautado en el artículo transitorio 20 de la Constitución de "consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece".

Dice en este punto el demandante que el acto acusado está en disonancia, con los mandatos de la reforma constitucional sobre la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones y que las atribuciones otorgadas al Gobierno tenían una pauta, contenido, límite, razón de ser y fín preciso y expreso, y son distintas de las facultades extraordinarias que otorga el Congreso.

3o. Son inconstitucionales los artículos 2, 3, 5 y 6 del Decreto 2146 de 1992, por ejercitar atribuciones no otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución y usurpar funciones naturales y propias del Congreso.

Anota a este respecto el libelista que el constituyente conservó para el Congreso como legislador ordinario y no autorizó transitoriamente al Ejecutivo para lo relacionado con los objetivos y estructura orgánica contenidos en el estatuto de las entidades descentralizadas, cuyo origen deviene es de la ley y no del Decreto 2146 expedido por

el Presidente, quien sólo está habilitado para actuar "de conformidad con la ley" y "con sujeción a los principios y reglas generales que defiera la ley", actualmente contenidos en los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y que el constituyente mediante el artículo transitorio 20 autorizó al Gobierno para que actuara como legislador extraordinario, solamente en cuanto a lo que la norma transitoria dice: "supriniirá, fusionará o reestructurará las entidades de la Rama Ejecutiva", como aspecto estructural o estático, mas no "señalando sus objetivos o estructura orgánica", como aspecto dinámico funcional, dado que como lo advierte la Corte, tal aspecto estructural se ejecuta pero "sin crear otras funciones generales o competencias determinadas", por ser restrictiva a lo que la propia Corte denomina "estructura, edificio, construcción, armadura".

4o. Es inconstitucional el artículo 4o. del Decreto 2146, por delegar el Presidente lo delegado por la Constituyente y por ampliar en un año el término de 18 meses señalado por la Constituyente.

5o. Es inconstitucional el capítulo III del Decreto 2146 de 1992, artículos 9 a 17, "por no tener el artículo transitorio 20 precisa autorización extraordinaria al Presidente para regular aspectos laborales, usurpando así atribuciones constitucionales propias del legislador natural y ordinario.

Agrega el actor sobre este aspecto que la autorización para "suprimir, fusionar o reestructurar" no comprende aspectos laborales. El artículo 150-19 de la Constitución Nacional le otorga al Congreso, entre otras, la función de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y para regular el régimen de las prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Además, para regular por medio de leyes todo lo atinente a las disposiciones laborales sobre dichos trabajadores oficiales.

Se apoya así mismo el accionante en jurisprudencia de la Corte para decir que "Una cosa es la "estructura" de la administración propiamente dicha y otra lo relacionado con el señalamiento de salarios y el régimen de prestaciones sociales (Corte, Sala Plena, feb. 14/73), que en nuestro caso son igualmente otros aspectos laborales, relievando que la determinación de la "estructura" es restrictiva y autónoma y se adopta en sí misma, sin que pueda comprender o incluir los aspectos laborales".

6o. Son inconstitucionales los artículos 9 a 17, capítulo III del Decreto 2146 de 1992, aun en el supuesto de que el Ejecutivo pudiere al amparo del artículo transitorio 20, oficiar como legislador laboral, por menoscabar o desmejorar los derechos sociales de los trabajadores de PROSOCIAL, que no pueden ser afectados so pretexto de una reestructuración administrativa.

Para sustentar este cargo, afirma la demanda que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores y en este sentido cita los artículos 53-5, 215-9 y 336 de

la Constitución Nacional, los cuales armoizan con el preámbulo constitucional y con los preceptos que definen a Colombia como un Estado Social de Derecho.

Se alude también en este punto al artículo 189-14 de la Carta para decir que la planta de personal sólo se refiere a la administración central y a los empleados públicos, pero no a la descentralizada como lo es PROSOCIAL, ni a los trabajadores oficiales como los de dicha empresa.

RAZONES DE LA DEFENSA

La Promotora de Vacaciones y Recreación Social -PROSOCIAL-, a través de apoderado, contestó la demanda y presentó alegato de conclusión. En defensa de la constitucionalidad del decreto acusado, se expusieron los argumentos que a continuación se sintetizan:

La evaluación y recomendaciones de la comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional. Sin embargo el decreto, según su encabezamiento, se dictó teniendo en cuenta sus recomendaciones y en virtud de ellas no se suprimió la entidad.

El decreto no sólo está en consonancia con la redistribución de competencias y la descentralización territorial, sino que ofrece una mayor gama de alternativas que realizan la libertad y libre desarrollo de la personalidad de los individuos para que se recreen en la forma que cada cual elija.

La reestructuración no vulnera el principio de Estado Social de Derecho, pues se realizó dentro de los límites normativos. Tampoco desconoce los derechos de las personas sino que protege especialmente los derechos al trabajo y al empleo a través del establecimiento de indemnizaciones.

Con el decreto enjuiciado se realizan los fines esenciales del Estado, se da prelación al interés general, adecuando la administración a la redistribución de competencias y recursos, se cumple la descentralización territorial y se aplica el principio de igualdad estableciendo un régimen de bonificaciones o indemnizaciones para aquellas personas que por razón de la reestructuración deben ser desvinculadas de la entidad.

No puede haber usurpación de funciones legislativas, cuando justamente se atribuyeron competencias legislativas al Gobierno. El Gobierno durante los dieciocho meses, podía suprimir, fusionar y reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional. El artículo transitorio 20, atribuyó al Gobierno, de manera extraordinaria y temporal las competencias que de manera ordinaria serían ejercidas por el Congreso, según el artículo 150-7 de la Constitución Nacional.

Las normas del decreto acusado no atribuyen competencia alguna al Gobierno para que sea ejercida después del término, sino al Consejo Directivo "autoridad

competente" a quien se precisa la atribución, para suprimir empleos. En consecuencia, no se están ampliando las facultades excepcionales que el Gobierno tenía por tiempo limitado.

Mediante el decreto que se demanda no se prorrogan facultades legislativas, sino que se regulan facultades administrativas ordinarias del Ejecutivo, mediante el establecimiento de un término para ejecutar la reestructuración que coloca a la respectiva entidad u organismo en consonancia con la Constitución.

El Decreto 2146 podía suprimir cargos y empleos, inclusive los de los trabajadores oficiales. La supresión de empleos es una consecuencia lógica y necesaria de una reestructuración legal. La desvinculación de los trabajadores en el caso particular del artículo transitorio 20 de la Constitución tiene como causa una situación especial y excepcional que conlleva a la regulación específica de las indemnizaciones y demás normas laborales consonantes con el principio de igualdad.

TRASLADO AL ACTOR PARA ALEGAR

En esta oportunidad el demandante manifiesta que se remite a las razones de hecho y de derecho consignadas en la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, se manifiesta partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda, después de concluir que las recomendaciones de los expertos no eran de obligatorio acatamiento para el Gobierno; que no cabe hablar de prórroga del término señalado en el artículo transitorio 20, por el hecho de que el Gobierno fije un plazo al Consejo Directivo de Prosocial para desarrollar la reestructuración dadas las funciones propias de las juntas o consejos directivos de las empresas industriales y comerciales del Estado; que el decreto censurado fue emitido dentro del marco de competencia derivado de la Constitución Nacional; que la supresión de empleos, además de ser una atribución permanente del Gobierno, puede llegar a ser una consecuencia forzosa de la reestructuración y que las normas enjuiciadas, en lo pertinente, se limitan a reproducir la norma laboral vigente sobre indemnización por retiro sin justa causa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para los efectos de organización y método, se referirá la Sala a los cargos, en cuanto sea posible, en el mismo orden en que fueron formulados.

En lo que respecta al cumplimiento del requisito de evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno, debe tenerse en cuenta que el proyecto de supresión de PROSOCIAL, fue puesto a consideración de dicha comisión, según consta en las actas Nos. 6 (página 10), 10 (páginas 4 y 5) y 121 (páginas 5 y 6), frente al cual opusieron resistencia algunos de los Consejeros de Estado integrantes de la

Comisión con resultados al parecer positivos si se tiene en cuenta que la entidad no fue suprimida sino reestructurada.

Sobre este particular, además reitera la Sala lo expresado en recientes pronunciamientos en cuanto a que la finalidad buscada por el constituyente en el artículo transitorio 20 fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conocimientos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha Comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así, quien vendría a asumir las facultades allí previstas, habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarlas a efecto.

Argumenta también el actor que los documentos que existen al respecto son apócrifos y por tal circunstancia no existen actas, por lo que entonces no puede hablarse de "evaluación y recomendaciones de una comisión". Sin embargo este cargo no tiene la entidad suficiente para desvirtuar la legalidad del acto impugnado, pues el carácter de "documentos apócrifos" que el actor endilga a las actas de la Comisión de Expertos no aparece acreditado, si en cuenta se tiene que aparecen en las diligencias por haber sido aportados por la administración.

Por lo anterior, este cargo no prospera.

En relación con el cargo de inconstitucionalidad del decreto formulado en la demanda porque la reestructuración allí contemplada no está en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece, esta misma Sala en providencia de 15 de diciembre de 1993 con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez y dentro de los expedientes acumulados 2391, 2367, 2429 y 2387, expresó:

> "Sobre el particular se advierte que la consonancia de que trata el artículo transitorio 20, no se circunscribe única y exclusivamente a la redistribución de competencias y recursos que la Constitución establece.
>
> "Quiso sí el constituyente hacer énfasis en este tópico cuando empleó la expresión "y en especial". Pero dicha expresión no significa que sólo en la medida en que se requiera adecuar la estructura de las entidades de la Rama Ejecutiva y de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta del orden nacional, a la redistribución de competencias y recursos que la Carta prevé, podía hacerse uso de las facultades de suprimir, fusionar o reestructurar, entre otras razones, porque la reforma constitucional no versó solamente sobre tal redistribución de competencias sino que abordó otras materias de vital importancia para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.
>
> "Una de las innovaciones que trae la nueva Carta Política es la de consagrar en su artículo 20 los principios que gobiernan la función administrativa para obtener el adecuado cumplimiento de dichos fines esenciales".

De otra parte, el objetivo del decreto que ahora se acusa, es el de que Prosocial continúe prestando, promocionando, fomentando y financiando los servicios de recreación y turismo social destinados a proporcionar bienestar social a los servidores públicos aportantes y sus familias, así como a los pensionados del sector público, como una necesidad para la salud integral de quien trabaja y produce (artículo 2o.).

Si se observa que para el cumplimiento de este cometido, se reestructura la entidad dentro del marco normativo para que se desarrollen sus funciones y se presten los servicios en forma descentralizada, en procura de la prosperidad de los trabajadores y de sus familias, con primacía del interés general, sin desconocer los derechos de las personas, ni las prerrogativas del trabajo y del empleo, no encuentra la Sala disonancia alguna entre el decreto acusado y la Constitución Nacional.

En las condiciones anteriores, este cargo tampoco prospera.

En lo que respecta a los cargos 3, 5 y 6 consistentes en la inconstitucionalidad de los artículos 2,3, 5, 6 y 9 a 17 del decreto impugnado, por usurpación de funciones del Congreso y carencia de facultades del Presidente para regular aspectos laborales con menoscabo de los derechos sociales de los trabajadores, esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencias de 9 de septiembre de 1993 (expediente 2309) y 11 de noviembre de 1993 (expediente 2400), ha precisado que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, por la materia que regulan, que son las mismas que ésta le atribuye en forma ordinaria al Congreso de la República (artículo 150 numeral 7o.), tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar imposibilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno Nacional.

También ha considerado la Sala 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 este 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).

Así mismo 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 se 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 aquel 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 daño causado" (Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992. Magistrados Ponentes, Dres. José Gregorio Hernández G. y Alejandro Martínez C.).

Finalmente, respecto del cargo formulado contra el artículo 4o. del decreto enjuiciado porque según el actor amplía el término de 18 meses señalado por la Constituyente para efectuar la reestructuración, hay que observar que de conformidad con posición definida y reiterada por la Sala, el señalamiento del plazo para que la autoridad competente adecue 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 una entidad descentralizada, es función de carácter administrativo y permanente de las juntas directivas para cuyo ejercicio no requieren de autorización expresa ni de la indicación de término alguno.

En este aspecto ha dicho también la Sala que las funciones de naturaleza legislativa otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional difieren sustancialmente de las funciones de carácter administrativo que en forma **permanente** ejercen las juntas y consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, por mandato expreso de los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1968, para adecuar la estructura interna y la planta de personal a las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se hubieran adoptado en desarrollo del precepto constitucional transitorio.

Por tal razón, la indicación del término "no superior a un (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto" para que el Consejo Directivo de PROSOCIAL establezca la organización administrativa, el ajuste de la planta de personal, supresión, modificación y fusión de los cargos y dependencias que sean necesarias, ha de entenderse circunscrita al fin específico de los efectos de la decisión de reestructuración

adoptada y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de ella resulten privadas de su cargo o empleo, sin que ello de ninguna manera constituya prórroga o ampliación del término previsto en el artículo transitorio 20, pues, como ya se dijo, las funciones que éste prevé y las asignadas en el decreto en estudio detentan una naturaleza diferente.

Así las cosas, de lo anterior debe la Sala desestimar el cargo relativo a esta materia y en consecuencia, proceder a levantar la suspensión provisional de los efectos de las expresiones relacionadas con el plazo contenidas en el artículo 4 del acto impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público.

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

LEVANTASE la suspensión provisional decretada en el numeral 2o. del auto de fecha 4 de junio de 1993.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito efectuado para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 20 de enero de 1994.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 15 de diciembre de 1993 y la sentencia de noviembre 25 de 1991.

ICA-Reestructuración/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Naturaleza/GOBIERNO NACIONAL-Facultades/SUPRESION DE EMPLEOS

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 de reestructurar, fusionar o suprimir adoptadas dentro del término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20, no puede considerarse como una prórroga de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, pues tal adecuación de la estructura interna y de la planta de personal, es función de carácter administrativo que aquellos organismos tienen en forma permanente (artículos 26, literal b) del 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 y por ello ha de entenderse que la fijación del mismo cumple un fin específico circunscrito a los efectos de las decisiones adoptadas y respecto de la indemnización de quienes como consecuencia de éstas resulten privados de su cargo o empleo. Por tener los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo del articulo transitorio 20, la misma fuerza o entidad normativa que la ley, lo cual se deduce del contenido de la materia a que se contraen (artículo 150, numeral 7o. de la Constitución Política), bien podía este señalar como causal de retiro la supresión de cargos o empleos, consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión, pues el artículo 125 prevé como tal " ... las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé deBogotá, D.C.,veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodriguez.*

Referencia: Expediente No. 2484. Acción: Nulidad. Actor: Jaime Arturo Betancourth González.

El ciudadano JAIME ARTURO BETANCOURTH GONZALEZ, 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 Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Instituto Colombiano Agropecuario", dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el actor como quebrantados con el acto acusado, el preámbulo y los artículos 1o., 2o., 5o., 25, 42, 44, 53, 65, 93, 94, 122, 125, 150, numerales 7 y 19, literales e) y f), 153, 189, numerales 14 a 16, 209, 210, inciso 1o., 334, 345 y transitorios 20 y 21 de la Carta.

Fundamenta, en síntesis, el alcance de la violación así:

PRIMER CARGO: Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

El Decreto 2141 de 1992 vulnera la norma transitoria por cuanto la reestructuración del ICA no se realizó dentro del término allí previsto y en los artículos 32 y 7o. del citado decreto se limita a ampliar dicho plazo concediéndole la facultad de adoptar los estatutos y la nueva planta de personal a la Junta Directiva del Instituto.

Lo anterior tiene soporte en la Directiva Presidencial que expidiera el jefe del Estado el 20 de enero de 1993, que deja entrever que el Gobierno Nacional no alcanza a ejecutar dentro del término señalado lo dispuesto en aquella, viéndose obligado a extender la facultad en la Junta Directiva y la Gerencia del ICA.

SEGUNDO CARGO: Violación de los artículos 5o., 25, 42, 44 y 53 de la Constitución Política.

El organismo que se pretende reestructurar, desde su creación ha cumplido sus obligaciones y objetivos y ha dirigido hacia el agro todos sus proyectos de promover la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario y tecnificar y capacitar al campesino. Ya ello no será posible si se persiste en aplicar el decreto, el cual al reducir el total de empleados que allí laboran, va en detrimento de las familias campesinas que ven vulnerados sus derechos.

El trabajo hace parte de los derechos fundamentales inherentes al hombre y debe ser respetado por el Gobierno.

Con el decreto enjuiciado se viola en todos los aspectos este derecho y se atenta especialmente contra la familia que es la célula fundamental de la sociedad, ya que suprimir en gran parte la planta de personal, la mayoría de sus integrantes se verían desamparados en sus necesidades primarias y secundarias, vulnerándose también los derechos de los niños que contempla el artículo 44.

TERCER CARGO: Violación de los artículos 53, 65, 93, 122, 125 y 189, numerales 14 a 16 *ibídem.*

Según el artículo 53, es responsabilidad del Congreso expedir el estatuto del trabajo con base en los principios fundamentales allí previstos.

Al reestructurarse el ICA con la supresión de empleos tambalean todos los logros alcanzados desde su creación.

Según el artículo 23, toda persona tiene derecho al trabajo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure una existencia conforme a la dignidad humana.

La ley no puede violar los derechos adquiridos de los trabajadores.

Con el artículo 2o. del decreto acusado, el Estado se está quitando la responsabilidad impuesta por la Carta en el artículo 65.

Los artículos 23 y 125 *ibídem* teóricamente garantizan la estabilidad en el empleo, la cual desconoce el decreto demandado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 189, numerales 14 a 16, es al Ejecutivo a quien compete llevar a cabo los proyectos como garantizador de los derechos y libertades de todos los colombianos, sin que los ministerios tengan que inferir en las determinaciones como aparece en el Decreto 2141 de 1992.

CUARTO CARGO: Violación de los artículos 150, numeral 19 literales e) y f), 209, 210 inciso 1o. y 334 de la Constitución.

No se cumplió lo ordenado constitucionalmente de tener en cuenta la evaluación y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno.

Del texto del memorando de la Comisión se concluye que el Estado se quiere descargar de la responsabilidad de realizar en forma directa, por intermedio del ICA, la investigación.

El decreto acusado no cumple con los principios enunciados en los artículos 209 y 210 inciso 1o., pues mal pueden al mismo tiempo materializarse unos proyectos del Gobierno con la usurpación de funciones que expresamente las normas constituciona-

les contemplan y sin tener en cuenta los intereses generales con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

El texto del artículo 334 se ve vulnerado por el decreto en cuestión por cuanto es al Estado a quien le corresponde promover la productividad, competitividad y el desarrollo armónico de las regiones, dirigiendo directamente la economía.

QUINTO CARGO: Violación del preámbulo y de los artículos 1o. y 2o. de la Constitución

Fue enfática la Asamblea Nacional Constituyente cuando incluyó en el preámbulo la protección del derecho al trabajo. Pero las medidas adoptadas por el Gobierno desconocen los principios de igualdad y justicia al dejar sin trabajo a diversidad de personas.

Es obligación del Estado respetar y hacer respetar los derechos y garantías constitucionales brindadas a todo el pueblo colombiano. Pero con la expedición del decreto acusado se está atentando contra las garantías y derechos de la mujer, del niño, del trabajo y de la igualdad, a no ser discriminado y a tener una vida digna.

II-. ACTUACION

II.1 Mediante proveído de 1o. de julio de 1993, se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la expresión "Dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993", contenida en el artículo 32 del Decreto 2141 de 1992, medida esta que fue revocada por auto de 16 de septiembre de 1993.

II.2 Del auto admisorio de la demanda se notificó el Instituto Colombiano Agropecuario, quien a través de apoderado contestó la misma oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis lo siguiente:

1o): No es cierto que el Gobierno Nacional hubiera transgredido el artículo transitorio 20 de la Constitución Política. La propia Sección Primera en fallo de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309, ya definió este aspecto.

2o): La Constitución en su artículo 189, numerales 14 a 16 le atribuye la función de reestructurar las plantas de personal de los organismos estatales al primer magistrado de la República; el derecho al trabajo no se asimila a la intangibilidad en el empleo de los trabajadores del Estado, pues la propia Carta así lo dispone al regular las causales de retiro; conforme al artículo 209, los empleos insuficientes, costosos e innecesarios pueden y deben ser suprimidos en el sector público.

Por lo demás, no se trata de un despido masivo de empleados sino de la supresión de cargos innecesarios para lo cual se prevén indemnizaciones y bonificaciones.

Finalmente, el decreto acusado no consagra por sí la facultad de producir la reestructuración y los despidos, sino que ello será consecuencia de otros actos

administrativos que aún no se han desarrollado ni concretado y que eventualmente podrán ser objeto de acusación de inconstitucionalidad.

3o): El decreto acusado es una ley y según la Constitución la ley puede establecer causales de retiro de los empleados públicos sean o no de carrera.

El derecho a la estabilidad del empleo es relativo, no absoluto, y está sujeto a la regulación de la ley.

4o): Como lo dijo la Sección Primera en el fallo pronunciado en el expediente 2309, las funciones del ICA no son monopolio del Estado y pueden ser prestadas en colaboración con los particulares o por éstos.

5o): El derecho al trabajo no constituye obligación para el Estado de dar empleo, pues son conceptos diferentes y situaciones de hecho no coincidentes; menos puede decirse que porque la Constitución ordena proteger el derecho al trabajo -lo cual tiene múltiples manifestaciones-, está ineluctiblemente obligado a dar y a crear empleo o mantener gastos innecesarios.

II.3 En la etapa correspondiente a las alegaciones, ni el actor ni el Ministerio Público hicieron uso de este derecho.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1-. Plantea el actor el cargo de violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Política por parte de los artículos 7o. y 32 del Decreto 2141 de 1992, los cuales señalan como función de la Junta Directiva del ICA, entre otras, la de adoptar los estatutos, estructura interna y la planta de personal, y fijan el plazo hasta el 31 de diciembre 1993 para que dicho organismo expida las normas relativas al cumplimiento de tal función.

Esta Corporación en providencia de 16 de septiembre de 1993, al revocar el proveído de 1o. de julio del mismo año por el cual se había decretado la suspensión provisional de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 32 del decreto en estudio, estimó, y ahora lo reitera, que 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 de reestructurar, fusionar o suprimir adoptadas dentro del término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20, no puede considerarse como una prórroga de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, pues tal adecuación de la estructura interna y de la planta de personal es

función de carácter administrativo que aquellos organismos tienen en forma permanente (artículos 26, literal b) del 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 y por ello ha de entenderse que la fijación del mismo cumple un fin específico circunscrito a los efectos de las decisiones adoptadas y respecto de la indemnización de quienes como consecuencia de éstas resulten privados de su cargo o empleo.

Esta consideración amerita que se desestime el cargo propuesto.

2-. En los cargos 2o., 3o. y 5o. plantea el actor la transgresión del derecho al trabajo (artículo 25 de la Carta) y por ende el quebrantamiento de otras normas constitucionales que a su juicio también se desconocen con la determinación de suprimir cargos o empleos en el Instituto Colombiano Agropecuario.

Como quiera que esta Corporación en sentencias de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309, actor Juan Manuel Arrieta Herrera y otro, y de 3 de diciembre de 1993, expediente 2435, actora: Dignalyth Rosas Herrera, analizó los mismos cargos que aquí se endilgan al Decreto 2141 de 1992, la Sala reitera lo allí expresado:

> "... Estima la Sala que las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el aludido precepto transitorio, llevan ínsita la facultad de supresión de cargos o empleos. De tal manera que si la voluntad del constituyente fue la de que dentro del término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, el Gobierno Nacional suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades que allí se mencionan y para cumplir los fines allí previstos, de antemano facultó a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento del daño que se cause a su titular en aras del interés público.
>
> Sobre este aspecto, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, expresó:
>
> "... El Estado, en 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 aquel 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".

Por lo anterior habrán de desestimarse dichos cargos.

3-. En lo que toca con la transgresión que de los artículos 65 y 334 de la Carta Política invoca el actor en los cargos tercero y cuarto, como quiera que en la sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309 fueron analizados ampliamente los cargos de violación frente a dichas normas constitucionales, la Sala se remite a lo allí expuesto y en consecuencia, en la parte resolutiva de esta sentencia, ordenará estar a lo dispuesto en ella.

4-. En lo referente al cargo 5o., en lo atinente a la violación de los principios de igualdad y justicia y de los derechos de la mujer y del niño, la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto dado que el actor no concretó el alcance de la violación frente a tales derechos que estima vulnerados.

5-. Respecto de la violación que del artículo 125 de la Constitución Política, señala el actor en el tercer cargo, esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha precisado que por tener los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo del artículo transitorio 20, la misma fuerza o entidad normativa que la ley, lo cual se deduce del contenido de la materia a que se contraen (artículo 150, numeral 7o. de la Constitución Política), bien podía éste señalar como causal de retiro la supresión de cargos o empleos, consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión, pues el artículo 125 prevé como tal "... las demás causales previstas en la Constitución o la ley". Por esta razón no está llamado a prosperar el cargo.

6-. Respecto de la violación de los artículos 209 y 210, inciso 1o. que plantea el actor en el cuarto cargo, estima la Sala que no está llamado a prosperar. En efecto, conforme obra a folios 80 a 82 del cuaderno de anexos, la reestructuración del ICA obedeció a la disminución de la eficacia en el proceso investigativo de transferencia de tecnología y de protección a la producción agropecuaria, debido fundamentalmente al exceso de funciones asignadas, circunstancias estas que obstaculizan la capacidad de dar respuesta adecuada a los problemas tecnológicos del sector agropecuario.

De lo anterior se infiere que, lejos de desconocer el decreto acusado, los principios enunciados en las normas antes citadas, está acorde con éstos, pues la eficacia en el ejercicio de la función administrativa que propende la reestructuración del ICA, es uno de los principios que preconiza la Carta a fin de dar protección a los intereses generales.

7-. Finalmente y en lo que atañe a la infracción del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) que menciona el actor en el cuarto cargo, al no concretar el concepto de la violación, se hace improcedente el estudio de tal censura y en consecuencia no está llamado a prosperar el cargo.

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): Respecto de la violación de los artículos 65 y 334 de la Constitución Política, a que aluden los cargos tercero y cuarto, ESTESE A LO DISPUESTO en la sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, Actor: Juan Manuel Arrieta Herrera y otro.

2o): DENIEGANSE las súplicas de la demanda en cuanto a los cargos restantes.

COPIESE, NOTTFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de enero de 1994.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, las sentencias de 9 de septiembre de 1993.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO-Reestructuración/**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**-Temporalidad/**SUPRESION DE EMPLEOS/GOBIERNO NACIONAL**-Facultades/**COMISION ASESORA**

Si la voluntad del contribuyente fue la de que dentro del término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, el Gobierno Nacional suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades que allí se mencionan y para cumplir los fines allí previstos, de antemano facultó a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento del daño que se cause a su titular en aras del interés público. La Comisión Asesora del Gobierno tuvo la oportunidad de conocer y pronunciarse sobre el proyecto de decreto de reestructuración del Ministerio de Justicia, y, de otro lado, como también se expresó por la Sala en la sentencia de septiembre 9 de 1993 sobre el particular ha de entenderse que el querer del constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar".

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2510. Acción de nulidad. Actor: Uriel Quekan Canasto.

El ciudadano URIEL QUEKAN CANASTO,en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 2157 de diciembre 30 de 1992, expedido por el señor Presidente de la República "Por el cual se reestructura el Ministerio de Justicia".

DISPOSICIONES QUE SE INVOCAN COMO VIOLADAS

Considera el accionante que con la expedición del acto acusado, se han quebrantado los siguientes preceptos constitucionales: arts. 122, 150, numerales 7, 1 1 y 12, 189, numerales 16 y 20, 338 al 347, 216 al 223, 1, 2, 15, 209 y 20 transitorio, según los siguientes cargos:

PRIMER CARGO. El art. 35 y siguientes del decreto "es nulo e inconstitucional (sic) porque no estructura el Ministerio de Justicia dentro del término de 18 meses y adiciona arbitrariamente en tres meses el tiempo para adoptar el personal", con lo cual resulta violado el artículo 20 transitorio de la Carta Política.

SEGUNDO CARGO. El art. 54 del Decreto 2157 de 1992 es nulo e inconstitucional, porque el artículo 20 transitorio no faculta al Gobierno Nacional, para imponer contribuciones, crear obligaciones, hacer gastos a cargo del Tesoro Público, razón por la cual se quebrantan igualmente los artículos 122, 150-11, 16 y 20, y 338 a 347 de la ConstituciónPolítica.

TERCER CARGO. La reestructuración del Ministerio no está en consonancia con los mandatos de la Constitución y omitió las actuaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno ordenada en el artículo 20 transitorio, violándose en esta forma los artículos 1, 2, 209 a 216, 189-16, 150-7 y el 20 transitorio.

LOS ARGUMENTOS DE IMPUGNACION DE LA PARTE DEMANDADA

El señor Ministro de Justicia, en representación de la Nación, se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo, en síntesis, que la supresión de empleos o cargos, por parte de la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, **dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación** del decreto demandado, como lo dispone su artículo 38, no es una prolongación de las facultades de legislador extraordinario que le reconoce el artículo 20 transitorio de la Constitución, sino que se trata de una ordinaria función administrativa del Ejecutivo, y, por lo tanto, dicho término, lejos de ser una prórroga de las facultades normativas, es una limitación adicional a la función administrativa del Ejecutivo que puede ser ejercida en cualquier tiempo.

En cuanto hace relación al artículo 54 del decreto demandado, que se considera violatorio de los artículos 122, 150, 189 y 338 a 347 de la Carta Política, por imponerle

gastos al Tesoro Público, observa, en primer lugar, que el actor se abstuvo de explicar las razones por las cuales considera quebrantado el art. 122 de la C. P., tal vez por cuanto el "empleo" que con mayor detalle se regula dentro de los distintos cargos estatales, es el de Presidente de la República.

El demandante se refiere, posiblemente, a lo relacionado con el presupuesto; y al respecto corresponde al Presidente anualmente formular ese presupuesto, para ser presentado ante el Congreso. Y no obstante estar inspirado nuestro sistema presupuestal, en los principios de equilibrio presupuestal y de programación integral, que lo dotan de un carácter rígido, posiblemente olvida el demandante que están autorizadas en todo caso, las modificaciones, las cuales deben estar sometidas a lo establecido en la ley orgánica del presupuesto, tal como sucede con el art. 54 de la norma acusada. En síntesis, lo que sucede en realidad es que se prevé que lo dispuesto en el decreto acusado, en cuanto a planta de personal, reestructuración orgánica, funciones, puede ameritar modificaciones presupuestales, que, en todo caso, se regularán por la Constitución y la ley, como se ha dicho.

Finalmente, en cuanto al tercer cargo, el señor Ministro de Justicia observa que el demandante también omitió dar una adecuada explicación de las razones por las cuales el decreto acusado es violatorio de dichas normas constitucionales. Por lo tanto, nos limitaremos a recordar que la modernización del Estado es una política cuyo objetivo principal es lograr un eficiente funcionamiento del aparato estatal con la única finalidad de que a través de una adecuada prestación de los servicios públicos y una correcta realización de la función pública, los principios rectores del Estado desciendan de su mera enunciación teórico-constitucional, para convertirse en una realidad.

Con relación a la hipotética desatención de las recomendaciones propuestas por la Comisión Asesora, hay que poner de presente, además de lo infundado de tal aserto, que en todo caso las consideraciones y estimaciones de tan selecto equipo de juristas, no eran obligatorios para este, aspecto que parece olvidar la actora.

Por todo lo anterior solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

LA ACTUACION

Admitida la demanda y decretada la suspensión provisional de algunos apartes de los artículos 37 y 38 del decreto demandado, se notificó personalmente a diferentes jefes superiores de la Administración que intervinieron en su expedición, habiendo recurrido el decreto de suspensión y solicitado que se le tuviera como parte al contestar la demanda, aun cuando extemporáneamente, tan sólo el Ministerio de Justicia.

Dentro del término del traslado para alegar, presentó su escrito pertinente el señor Ministro de Justicia, expresando las razones que lo llevan a oponerse a las pretensiones de la parte actora, a las cuales anteriormente se ha hecho referencia.

La parte actora no hizo uso de dicho término, y la señora Procuradora Primera Delegada ante la Corporación, dentro de aquel, presentó sus consideraciones sobre las

súplicas de la demanda, para concluir que deben despacharse desfavorablemente y levantarse la suspensión provisional decretada, en atención a los planteamientos a que ha llegado esta Sección en casos similares, entre ellos, en la sentencia de 9 de septiembre de 1993, actor: Juan Manuel Arrieta y otros, Ponente Dr. Miguel González Rodríguez.

LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer término, debe observar la Sala que, aun cuando el actor demanda la totalidad del Decreto 2157 de 1992 (arts. 1o. a 55), lo cierto es que la presente sentencia solamente hará la confrontación entre las normas superiores -las de la Constitución Política- invocadas y los precisados artículos, pero teniendo en cuenta únicamente los conceptos de quebrantación del ordenamiento constitucional expresados por el actor, no sólo por ser esta una jurisdicción rogada, sino igualmente por cuanto de esa manera se garantizan los derechos de audiencia y defensa de la parte demandada.

EL PRIMER CARGO: Va dirigido de manera global contra los artículos 35 y subsiguientes, que la Sala precisa como los distinguidos con los números 36 a 50, inclusive, del decreto demandado, integrantes del capítulo VII sobre "DISPOSICIONES LABORALES TRANSITORIAS", que el actor considera se expidieron con violación del artículo 20 transitorio de la Carta Política, en atención a que la competencia otorgada al Ejecutivo no se ejerció dentro de los 18 meses establecidos en la precitada disposición constitucional transitoria, "sino que según el decreto el proceso de reestructuración está por hacerse y entonces lo harán los Consejos Directivos o las respectivas juntas" (sic).

Interpretando la demanda en el sentido de que la supresión de empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos cuando ellos no fueren necesarios en la respectiva planta de personal como consecuencia de dicha decisión, contenida en el art. 37 del decreto, se debía hacer dentro de los 18 meses otorgados para el ejercicio de las facultades, y no, como lo dice aquél "Dentro del término en que se lleve a cabo el proceso de reestructuración del Ministerio a que se refiere este decreto", y que el programa de supresión de empleos o cargos debía efectuarse dentro del mismo plazo de los 18 meses, y no "dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", como lo regla el artículo 38 del acto acusado, sin que para nada juegue, como lo expresa el demandante, la intervención de Juntas o Consejos Directivos, ya que no se está en presencia de la reestructuración de una entidad descentralizada del orden nacional, debe decirse que el cargo no está llamado a prosperar, según las consideraciones expresadas por la Sala en su sentencia de 9 de septiembre de 1993, actor: Juan Manuel Arrieta y otros, Ponente Dr. Miguel

González Rodríguez, en la cual, en síntesis, se dijo que no cabe hablar de prórroga del término señalado en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, por la sola circunstancia de que el Gobierno fije un plazo para desarrollar el programa de supresión de empleos o cargos vacantes y de los innecesarios, como consecuencia de la reestructuración, si se tiene en cuenta que dicha función o tarea ha de cumplirse por la "autoridad competente" que no es otra que el mismo Gobierno que tiene entre sus funciones, como atribución permanente, la de crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones, etc. (art. 189-14 de la Constitución).

En cuanto al **SEGUNDO CARGO**, enfocado fundamentalmente contra las disposiciones del decreto acusado relativas a las indemnizaciones, bonificaciones, etc., que se le deben reconocer y pagar a los empleados a quienes se les supriman los cargos o empleos (arts. 41 a 50 del decreto), que no identifica o precisa el actor, pero que realiza la Sala en ejercicio de su facultad de interpretar la demanda, cargo que esencialmente hace relación a los aspectos atinentes a la cuestión presupuestal, concretamente lo que atañe al gasto público, el cargo tampoco está llamado a prosperar, por cuanto como se dijo en la sentencia preindicada, y lo recuerda la distinguida colaboradora del Ministerio Público, "... si la voluntad del constituyente fue la de que dentro del término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, el Gobierno Nacional suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades que allí se mencionan y para cumplir los fines allí previstos, de antemano facultó a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento del daño que se cause a su titular en aras del interés público".

En consecuencia, no se encuentra el quebrantamiento de los artículos 122, 150, numerales 11 y 12, 189, numerales 16 y 20, y 338 a 348 de la Constitución Nacional, por parte de los artículos que la Sala ha precisado como demandados y por el concepto de violación expresado por el actor.

Finalmente, en cuanto hace al **TERCER CARGO,** en razón a "que no está en consonancia con los mandatos de la Constitución Nacional" (arts. lo. 2o., 150-7, 189-16, 209, 216 al 223 de la Carta Política), la Sala se abstiene de hacer consideraciones sobre el particular, por cuanto como bien lo destacó el señor Ministro de Justicia, no se encuentra, en relación con ellos, concepto alguno sobre el por qué del quebrantamiento de dichas normas del ordenamiento superior.

Sin embargo, como en el mismo cargo, el actor considera quebrantado el artículo 20 transitorio, por no haber tenido en cuenta el Gobierno la evaluación y recomendaciones de la Comisión Asesora prevista en aquel precepto, la Sala debe referirse a dicho aspecto del cargo.

El cargo no está llamado a prosperar, por cuanto, de una parte, como consta en el documento que obra a folios 9 a 12 del expediente, la Comisión Asesora del Gobierno

tuvo la oportunidad de conocer y pronunciarse sobre el proyecto de decreto de reestructuración del Ministerio de Justicia, y, de otro lado, como también se expresó por la Sala en la sentencia ya citada de septiembre 9 de 1993, sobre el particular "ha de entenderse que el querer del constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar".

En consecuencia, habrá de negarse las pretensiones de la demanda y levantarse la suspensión provisional decretada por la Sala en el auto admisorio de la demanda, de algunas de las disposiciones demandadas.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIONPRIMERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. NIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por el ciudadano URIEL QUEKAN CANASTO.

2o. LEVANTASE la suspensión provisional de los apartes de los artículos 37 y 38 del Decreto 2157 de 1992, decretada en el auto admisorio de la demanda de fecha dos (2) de julio de 1993.

COPIESE, COMUNIQUESE CON COPIA AL SEÑOR MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, NOTIFIQUESE, ARCHIVESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de enero de 1994.

Miguel González Rodríguez, Ernesto Rafael A riza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL-Naturaleza/**CONTROL JURISDICCIONAL-**Objeto/**TRANSITO CONSTITUCIONAL/DECAIMIENTO DEL ACTO**

No es procedente que a través del contencioso de nulidad consagrado en el artículo 84 del C. C. A., cualquier persona busque que el juez contencioso administrativo declare la vigencia de determinado acto administrativo, o que, por el contrario, se declare que dicho acto se extinguió por cualquier causa, como, por ejemplo, decaimiento, caducidad, derogatoria, expresa o tácita, o que, en fin, perdió su fuerza ejecutoria por razón de la falta de realización, por parte de la administración, de los actos que le corresponda para ejecutarlos, aun cuando es claro que habrá casos en que al resolver sobre una acción contenciosa que busque la nulidad de un acto jurídico por razones de constitucionalidad o legalidad, el juez se vea precisado a observar en la parte motiva de la providencia que ponga término al proceso, que el acto enjuiciado se expidió con quebrantamiento del ordenamiento jurídico superior y que debe ser anulado en la parte resolutiva de la sentencia en sus efectos durante ese lapso, pues no es posible hacer pronunciamiento alguno en la parte resolutiva del fallo, que comprenda la época posterior al fenómeno determinante de la extinción o de la pérdida de su ejecutoria. Para la Sala es incontrovertible que un acto jurídico, legislativo o administrativo, no puede ser anulado por esta jurisdicción por ser contrario a normas -aun de orden constitucional- que no existían en el momento de su expedición, y ella es una razón más que suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA/SALA JUDICIAL DISCIPLINARIA-Facultades/**PROCURADOR GENERAL DE LA NACION**-Juzgamiento/**PROCESO DISCIPLINARIO**

Sobre la competencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para conocer de los procesos disciplinarios que se promuevan contra el señor Procurador General de la Nación, la Sala observa que siendo el Consejo Superior de la Judicatura un organismo de rango constitucional nuevo y distinto del extinguido Tribunal Disciplinario, a quien expresamente, como es lo constitucional y legal, se le asignaron unas funciones específicas y especiales en el nuevo ordenamiento supremo del país entre las cuales no se encuentra la relativa al juzgamiento disciplinario del Procurador General de la Nación (art. 256 del C. P.) y, además, otras que pudiera concederle la ley, que no puede ser la anterior que gobernaba las del extinguido Tribunal Disciplinario, sino la que se dicte con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es incontrovertible que el artículo 187 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978, demandado, en cuanto por esa norma se le atribuyó al Tribunal precitado la competencia para conocer de los procesos disciplinarios que se adelanten contra el Procurador General de la Nación, se extinguió o perdió su fuerza ejecutoria en los términos del numeral 2o. del artículo 66 del C. C. A., en armonía con el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, desde el momento en que entró a regir la Constitución Política de 1991, pues como se ha dicho reiteradamente, la competencia es o debe ser expresa y no se adquiere por analogía, ni puede ser fruto de la deducción del funcionario público o del juez (art. 122 de la Constitución de 1991). Por lo demás, en ninguna de sus disposiciones el Decreto 2652 de 1991, sobre funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura, le otorga competencia a la Sala Disciplinaria de dicho organismo, para conocer de los procesos disciplinarios que se promuevan contra el Procurador General de la Nación. Ni la norma constitucional precitada, ni ley alguna o decreto con fuerza de tal, expedida con posterioridad al nuevo ordenamiento constitucional, han atribuído expresamente a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura competencia para juzgar disciplinariamente al Procurador General de la Nación.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2580. Acción de nulidad. Actor: Beatriz de las Mercedes Linares Cantillo.

La ciudadana BEATRIZ DE LAS MERCEDES LINARES CANTILLO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., ha concurrido ante esta Corporación para demandar la nulidad parcial, previa suspensión provisional, del artículo 187 del Decreto 1660 de 1978, estatuto "por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 262 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978 y otras disposiciones sobre administración de personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal", expedido por el Gobierno Nacional.

El fragmento que se demanda es el que se subraya en la siguiente transcripción:

> "Art. 178. **El Tribunal Disciplinario conoce en única instancia de los procesos disciplinarios** contra sus propios magistrados y empleados subalternos, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado, **el Procurador General de la Nación,** los magistrados del Tribunal Superior Militar y los fiscales del Consejo de Estado y de los Tribunales; y en segunda instancia, de los fallos en primera por el Procurador General de la Nación".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Para la accionante, la norma parcialmente demandada infringe el artículo 256, numeral 3o., de la actual Constitución Política, pues esta no autoriza al Consejo Superior de la Judicatura a juzgar disciplinariamente al Procurador General, ya que este funcionario no es servidor de la Rama Judicial, ni abogado en ejercicio de su profesión, sino "Supremo Director del Ministerio Público" (art. 275 de la Constitución de 1991).

Igual infracción ocurre respecto de los artículos 8 y 9 del Decreto 2652 de 1991, que son simples desarrollos del numeral 3 del artículo 256 de la Carta, y que no autorizan, como sí lo hace el artículo 187 del Decreto 1660, norma de inferior rango, el juzgamiento disciplinario del Procurador General de la Nación por parte de la Sala Disciplinaria del citado Consejo.

Lo mismo respecto del artículo 27 transitorio del Decreto 2652 de 1992, pues a la fecha de instalación de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal Disciplinario no tramitaba proceso contra el Procurador General de la Nación.

Por último, la norma acusada viola los artículos 117, 113, 118 y 276 de la Carta, que instituye al Procurador como titular de un organismo completamente autónomo e independiente.

TRAMITE

Mediante proveído del 20 de agosto de 1993, la Sala admitió la demanda, negó el decreto de suspensión provisional del artículo acusado y ordenó la notificación personal de aquél al señor Ministro de Justicia y del Derecho, como representante legal de la Nación, y al Presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, como tercero presuntamente interesado en las resultas del proceso.

El señor Ministro de Justicia y del Derecho, a través de apoderado especial constituído al efecto, como representante de la Nación contestó la demanda y se opuso a las súplicas de ella, con fundamento en las consideraciones a que más adelante se hará referencia.

El Presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no se hizo presente en el proceso.

Por su parte, la Procuradora Primera Delegada ante el Consejo de Estado, durante el término de traslado a las partes para alegar de conclusión, solicita que se dé aplicación a lo reglado en el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, por ser el artículo parcialmente acusado contrario al artículo 256, numeral 3o., de la actual Constitución Política.

FUNDAMENTOS DE LA OPOSICION

El señor apoderado especial de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones, en síntesis:

1a. Con la expedición de la Constitución de 1991, las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, las providencias judiciales y, en general, la actividad de las autoridades públicas y las relaciones jurídicas en sus diferentes facetas y niveles, han venido a ser formalmente recibidas en el marco de la institucionalidad que la nueva Carta Política inauguró, en cuanto no contraríen de modo manifiesto sus disposiciones, porque el tránsito constitucional no conlleva necesariamente traumatismos que podrían conducir al caos del ordenamiento o, cuando menos, a una manifiesta incertidumbre acerca de la vigencia de sus normas. La validez de todas estas sólo puede plantearse a través de su reconducción a la norma fundamental; es por eso que la legislación proferida al amparo de la Constitución de 1886, debe interpretarse como lo manifestó la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 85 del 25 de noviembre de 1991, expediente 2280, Magistrado Ponente: Doctor Pedro Escobar Trujillo, al negar que la vigencia de la Constitución de 1991, haya derogado en bloque el ordenamiento inferior preexistente y ha reconocido el efecto retrospectivo de la nueva preceptiva constitucional en los siguientes términos:

"La nueva preceptiva constitucional lo que hace es cubrir retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso; sin que sea tampoco admisible científicamente la extrema tesis, divulgada en algunos círculos de opinión, de acuerdo con la cual ese ordenamiento inferior fue derogado en bloque por la Constitución de 1991 y es necesario construir por completo otra sistemática jurídica a partir de aquella. Tal es el alcance que debe darse al conocido principio de que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, acogido explícitamente entre nosotros por el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, el cual

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

para que no queden dudas, añade: "Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o espíritu, se desechará como insubsistente".

2a. La norma demandada no está en contradicción manifiesta e insuperable con la letra o el espíritu de la Constitución de 1991. Al contrario, está reafirmando el principio de que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que implica que ningún servidor público puede estar exento de control y vigilancia, porque mientras no se desarrolle el artículo 279 de la Constitución, es aplicable la norma impugnada teniendo en cuenta que el numeral 7o. del artículo 256 de la Carta permite que la ley le fije atribuciones al Consejo Superior de la Judicatura y, este es precisamente el caso que nos ocupa, porque con la creación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se organizó la jurisdicción disciplinaria, que indudablemente se trata de una auténtica creación de derecho público en reemplazo del Tribunal Disciplinario, lo que implica que la norma acusada sufrió una modificación con relación al nombre de la Corporación, ya que la Sala Jurisdiccional asumió la competencia disciplinaria que tenía el extinto Tribunal Disciplinario.

LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes consideraciones:

I. Como se ha visto, a través de la acción propuesta por la actora, se busca la nulidad parcial de una disposición reglamentaria de la Ley 20 de 1972, orgánica del extinguido Tribunal Disciplinario, y de otras normas legales relativas a la carrera judicial y a la administración de personal de la Rama Jurisdiccional del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal entonces existentes, y, lo primero que hay que observar en relación con su constitucionalidad es que juzgada la norma a la luz de la Carta Política existente en el momento de su expedición y hasta la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento constitucional de 1991, como es lo lógico y lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, aun cuando cierto es que ello no fue objeto de planteamiento en la demanda, es un imposible jurídico que esta Corporación haga un pronunciamiento de nulidad con efectos retroactivos, que son propios de una declaración de tal naturaleza, si se tiene en cuenta que la norma reglamentaria lo único que hace, en esa materia del juzgamiento disciplinario del Procurador General de la Nación, es reproducir la disposición contenida en el artículo 7o. de la precitada Ley 20 de 1972, y dicho precepto fue declarado exequible en dos ocasiones por la Corte Suprema de Justicia, cuando ella conocía del control de constitucionalidad de la ley y de las normas con fuerza de tal.

En efecto, inicialmente, en sentencia de 4 de abril de 1974, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el numeral 1o. del art. 7o. de la Ley 20 de 1972, en aquella parte que adscribía al Tribunal Disciplinario el conocimiento de las faltas que cometa el Procurador General de la Nación; y, posteriormente, en sentencia de 21 de octubre de 1976, al resolver nuevamente sobre demanda de inexequibilidad presentada con-

tra el mismo artículo 7o. de la Ley 20 de 1972, volvió a declarar exequible la norma acusada, pero aclarando que la competencia del Tribunal Disciplinario para "conocer en única instancia de los procesos por faltas disciplinarias que se adelanten contra "magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros deEstado y el Procurador General de la Nación", queda restringida a la aplicación de las sanciones" de multa y suspensión del cargo, pues en todo caso de juzgamiento de dichos funcionarios por mala conducta o por la comisión de delitos oficiales, sólo corresponde al Senado de la República la atribución de destituir a los acusados, previa acusación formulada por la Cámara de Representantes.

II. Ahora bien, también debe observarse, de otra parte, que la acción de nulidad sólo tiene por objetivo buscar un pronunciamiento de nulidad de los actos administrativos acusados de ser contrarios a las normas superiores de derecho (Constitución, ley, decreto-ley, ordenanza, acuerdo, etc.). De suerte que no es procedente que a través del contencioso de nulidad consagrado en el artículo 84 del C. C. A., cualquier persona busque que el juez contencioso-administrativo declare la vigencia de determinado acto administrativo, o que, por el contrario, se declare que dicho acto se extinguió por cualquier causa, como, por ejemplo, decaimiento, caducidad, derogatoria, expresa o tácita, o que, en fin, perdió su fuerza ejecutoria por razón de la falta de realización, por parte de la administración, de los actos que le corresponda para ejecutarlos, aun cuando es claro que habrá casos en que al resolver sobre una acción contenciosa que busque la nulidad de un acto jurídico por razones de constitucionalidad o legalidad, el juez se vea precisado a observar en la parte motiva de la providencia que ponga término al proceso, que el acto enjuiciado se expidió con quebrantamiento del ordenamiento jurídico superior y que debe ser anulado en la parte resolutiva de la sentencia en sus efectos durante ese lapso, pues no es posible hacer pronunciamiento alguno en la parte resolutiva del fallo, que comprenda la época posterior al fenómeno determinante de la extinción o de la pérdida de su ejecutoria.

III. Dicho lo anterior, la Sala observa, entonces, que en el presente caso se busca la nulidad de un acto administrativo expedido en el año de 1978, con fundamento en la violación de normas expedidas mucho tiempo después, entre ellas, primordialmente, las contenidas en la Constitución Política de 1991.

Para la Sala es incontrovertible que un acto jurídico, legislativo o administrativo, no puede ser anulado por esta jurisdicción por ser contrario a normas -aun de orden constitucional- que no existían en el momento de su expedición, y ella es una razón más que suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, en orden a hacer claridad jurídica sobre el particular, es decir, sobre la competencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para conocer de los procesos disciplinarios que se promuevan contra el señor Procurador General de la Nación, la Sala observa que siendo el Consejo Superior de la Judicatura un organismo de rango constitucional nuevo y distinto del extinguido Tribunal Disciplinario, a quien expresamente, como es lo constitucional y legal, se le asignaron unas

funciones específicas y especiales en el nuevo ordenamiento supremo del país entre las cuales no se encuentra la relativa al juzganúento disciplinario del Procurador General de la Nación (art. 256 C. P.) y, además, otras que pudiera concederle la ley, que no puede ser la anterior que gobernaba las del extinguido Tribunal Disciplinario, sino la que se dicte con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es incontrovertible que el artículo 187 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978, demandado, en cuanto por esa norma se le atribuyó al Tribunal precitado la competencia para conocer de los procesos disciplinarios que se adelanten contra el Procu-rador General de la Nación, se extinguió, o perdió su fuerza ejecutoria en los términos del numeral 2o. del artículo 66 del C.C.A., en armonía con el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, desde el momento en que entró a regir la Constitución Política de 1991, pues como se ha dicho reiteradamente, y lo observa la colaboradora del Ministerio Público, la competencia es o debe ser expresa y no se adquiere por analogía, ni puede ser fruto de la deducción del funcionario público o del juez (art. 122 de la Constitución de 1991).

Por lo demás, en ninguna de sus disposiciones el Decreto 2652 de 1991, sobre funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura, se le otorga competencia a la Sala Disciplinaria de dicho organismo, para conocer de los procesos disciplinarios que se promuevan contra el Procurador General de la Nación. Tal decreto, a través de su artículo 8o., simplemente reitera la competencia constitucional del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, y de los Consejos Seccionales, para ejercer su función disciplinaria, y ello sin perjuicio de la competencia atribuída a la Procuraduría General de la Nación en relación con la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, respecto de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial.

Y, luego en su artículo 9o., siguiendo en ello la norma contenida en el artículo 256 de la Carta, concreta su competencia en materia disciplinaria, en única instancia, respecto de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, y del Fiscal General, por causa distinta a la indignidad por mala conducta, norma que, ciertamente, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia de octubre 4 de 1993, sentencia C-417, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández G.

En síntesis, ni la norma constitucional precitada, ni ley alguna o decreto con fuerza de tal, expedida con posterioridad al nuevo ordenamiento constitucional, han atribuído expresamente a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura competencia para juzgar disciplinariamente al Procurador General de la Nación.

Por consiguiente, las súplicas de la demanda deben negarse.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase a la actora la suma de dinero depositada para gastos del juicio y no utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE AL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, Y ARCHIVESE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de enero de 1994.

Miguel González Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, YesidRojasSerrano.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en auto de 21 de abril de 1994.

DIAN/PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/ SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Se hace necesario dilucidar, entre otros aspectos, qué mercancías pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra y qué mercancías tienen la calidad de bienes de capital, para determinar si la abundante legislación que en materia aduanera se ha expedido, les ha dado o no tratamiento similar a unas y otras y a partir de la vigencia de qué decreto, lo cual necesariamente tiene incidencia en la circular cuyos apartes fueron suspendidos provisionalmente en cuanto a la fecha a partir de la cual se pretende produzcan efectos. Como quiera que ello implica un análisis de fondo, impropio de esta etapa inicial del proceso, es procedente acceder a la revocatoria del auto impugnado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2604. Acción: Nulidad. Actor: Oscar Mauricio Buitrago Rico.

Se decide el recurso de reposición oportunamente interpuesto por la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra el auto de 24 de septiembre de 1993, en cuanto en su punto III decretó la suspensión provisional de los efectos de los párrafos tercero a sexto de la circular externa No. 003013 de 25 de junio de 1993, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I-. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para decretar la suspensión provisional de los efectos de los párrafos aludidos se arguyó lo siguiente:

Si bien es cierto que la Dirección de Aduanas Nacionales, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tiene la facultad de hacer liquidaciones oficiales de corrección, conforme al artículo 70 del Decreto Reglamentario 1909 de 1992, entre otras causales, por erróneo diligenciamiento del formulario, también lo es que dicha facultad, en cuanto concierne a las importaciones temporales de largo plazo precisadas en la resolución acusada, no puede aplicarse en forma retroactiva para cobijar situaciones acaecidas con anterioridad al 25 de junio de 1993, fecha en que fue expedida aquella, toda vez que sólo a partir de esta fecha se adoptó un criterio sobre las mercancías que podían ser objeto de importación temporal de largo plazo y por lo mismo no puede predicarse error en el diligenciamiento de un formulario cuando las causas constitutivas del mismo, no habían sido determinadas en la época en que se hizo la declaración de importación respectiva.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La recurrente plantea los siguientes motivos de discrepancia con el proveído impugnado, los cuales pueden sintetizarse así:

1o): La solicitud de suspensión provisional formulada por el actor no se ciñe a las exigencias previstas en el artículo 152 del C. C. A., ya que esta disposición requiere que aquella se sustente en escrito separado y que haya una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la nulidad propuesta.

Si se observa el memorial demandatorio, la suspensión provisional solicitada carece de la sustentación expresa que exige la norma estatutaria, pues el hecho de que en la solicitud se haga remisión a todo el contenido del libelo, no puede aceptarse, porque ello implica un estudio de fondo de los fundamentos de violación en que se sustenta la nulidad propuesta, lo cual es propio de la decisión final.

Tampoco cumple la solicitud de suspensión provisional con el presupuesto señalado en el numeral 2o. del artículo 152 del C. C. A., porque el artículo 70 del Decreto Reglamentario 1909 de 1992, en que se sustenta la decisión de suspensión provisional, no corresponde al contenido de las disposiciones que se citan como violadas en el texto de la demanda.

2o): En el capítulo XXI del Decreto 2666 de 1984, modificado por el artículo lo. del Decreto 1740 de 1991, se definió la importación temporal, especificándose igualmente las mercancías que podían importarse en esta modalidad, señalándose, entre otras, los bienes de capital o sus partes.

Dentro de esta modalidad de importación temporal se señalaron igualmente en el artículo 214 los bienes de capital que podían importarse temporalmente a largo plazo,

y dentro de esta misma modalidad, la importación de mercancías en arrendamiento, referidas a bienes de capital.

El Decreto 1909 de 27 de noviembre de 1992 en su artículo 40 precisa la clase de importación temporal de corto y largo plazo, refiriéndose en esta última modalidad a los bienes de capital.

Igualmente este decreto en su Capítulo II, reglamentó las liquidaciones oficiales de corrección y revisión, los hechos irregulares sancionables y las sanciones que se originarían por la ocurrencia de los mismos. El artículo 113 de dicho decreto dispuso que el mismo regiría desde el 1o. de enero de 1993, previa publicación.

De acuerdo con lo anterior, las declaraciones presentadas a partir del 1o. de enero de 1993, están sometidas al régimen sancionatorio previsto en el decreto si respecto de ellas se incurre en las faltas descritas por el mismo y es procedente la liquidación oficial de corrección o la corrección voluntaria en los términos señalados en las normas que hacen parte del Decreto 1909 de 1992.

La resolución 0130 de 25 de junio de 1993 en su artículo 1o., al referirse a las mercancías que pueden importarse temporalmente a largo plazo, se remite a las previsiones contenidas en el Decreto 1909 de 1992, cuya vigencia está prevista a partir del 1o. de enero de 1993, y al Decreto 840 de 1991 que en su artículo 2o. complementa la norma anterior en los términos señalados en el Decreto 1740 de 1991 para las importaciones temporales a largo plazo de mercancías en arrendamiento.

Por lo anterior, no puede aceptarse que la circular 003013 de 25 de junio de 1993, sea el acto por el cual se adopte un criterio distinto al señalado en los Decretos 1740 de 1991 y 1909 de 1992 respecto de las mercancías objeto de importación temporal a largo plazo ni el régimen sancionatorio aplicable a partir del 1o. de enero de 1993, sino que refiriéndose a estas mismas disposiciones aclara las inquietudes surgidas en torno a su alcance y aplicación.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, cabe tener en cuenta que el artículo 152 del C. C. A. autoriza que la solicitud de suspensión provisional se pueda hacer por el actor en el mismo escrito de la demanda o en escrito separado.

En el caso *sub-exámine* el actor, en el mismo texto del libelo demandatorio, en capítulo especial, solicitó la medida precautoria, remitiéndose al concepto de violación expresado en aquel, lo cual permitió a la Sala hacer la confrontación de los actos acusados con las normas superiores allí indicadas.

De otra parte, la decisión adoptada en el proveído recurrido no está, como lo afirma la apoderada de la demandada, sustentada en una norma que no fue indicada como infringida, es decir, en el artículo 70 del Decreto Reglamentario 1909 de 1992. En efecto, de la lectura atenta del auto objeto del recurso fácilmente se infiere que la

decisión fue motivada en la violación del principio de legalidad, cargo este que endilga el actor a la circular acusada, como se lee claramente a folio 82, en razón del efecto retroactivo que se le dio a aquélla.

Sin embargo, como lo advirtió la Sala al referirse a los cargos de violación frente a la resolución No. 0130 de 25 de junio de 1993 enjuiciada, se hace necesario dilucidar, entre otros aspectos, qué mercancías pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra y qué mercancías tienen la calidad de bienes de capital, para determinar si la abundante legislación que en materia aduanera se ha expedido, les ha dado o no tratamiento similar a unas y a otras y a partir de la vigencia de qué decreto, lo cual necesariamente tiene incidencia en cuanto a la fecha a partir de la cual se pretende produzcan efectos.

Como quiera que ello implica un análisis de fondo, impropio de esta etapa inicial del proceso, es procedente acceder a la revocatoria del auto impugnado, como en efecto se hará en la parte resolutiva de este proveído.

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

RESUELVE:

REVOCASE el punto III del auto de 24 de septiembre de 1993, y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de los párrafos tercero a sexto de la circular externa No. 003013 de 25 de junio de 1993, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de enero de 1994.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/DECAIMIENTO DEL ACTO/ SUSPENSION PROVISIONAL

La medida de suspensión provisional no sería viable en el caso *sub-exámine,* dadoque el acto considerado como quebrantado perdió su fuerza ejecutoria por ministerio del artículo 66, numeral 1o. del C. C. A., lo cual abriría paso a la aplicación del artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 (codificado en el artículo 245 del C. de R. D.), disposición esta respecto de la cual se ha interpretado su alcance en el sentido de que cuando ella se refiere a presupuestos, estos son los de cada departamento, sin inclusión del de sus respectivas entidades descentralizadas. Sin embargo, esta Corporación tanto en el proveído referido *ab initio,* como en la providencia de 21 de enero de 1994, exp. 2742, ha planteado interrogantes acerca de si las interpretaciones que sobre el alcance del artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 se han en las disfintas providencias que han dado lugar a decretar la nulidad o suspensión provisional de los efectos de las ordenanzas violatorias del citado precepto legal, subsisten o no frente a los mandatos de la Ley 38 de 1989 (arts. lo., 2o., 23 y 24, en concordancia con los artículos 94 y 95), si se tiene en cuenta que bajo la vigencia de esta ley fue que se expidió el acto que se acusa. Tales interrogantes hacen necesario entonces un estudio de fondo de la normatividad últimamente mencionada, impropio de esta etapa inicial del proceso, lo cual impide acceder al decreto de suspensión provisional solicitado y conduce indefectiblemente a la Sala a revocar el proveído objeto del recurso. DENIEGASA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del acuerdo 0l de 1993, expedido por la junta directiva del Instituto de Transporte y Tránsito del Huila.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Atiza Muñoz.*

Ref.: Expediente No. 2729. Recurso de apelación contra el auto de 27 de julio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila. Actor: Ramiro Aponte Pino.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Instituto de Transportes y Tránsito del Huila contra el auto de 27 de julio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, en cuanto en su punto 3o. decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 0 1 de 1993, emanado de la junta directiva del Instituto de Transportes y'Tránsito del Huila.

I-. ANTECEDENTES

I. 1 -. El ciudadano y abogado RAMIRO APONTE PINO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Huila tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, del Acuerdo No. 01 de 1993 "POR EL CUAL SE APRUEBA EL PRESUPUESTO PARA LA VIGENCIA FISCAL DE 1993", expedido por la junta directiva del Instituto de Transportes y Tránsito del Huila.

I.2-. En el mismo escrito de la demanda, en capítulo especial, solicitó el actor la medida precautoria, arguyendo, en síntesis, lo siguiente:

1 -. Es flagrante y aparece *prima facie* la contradicción entre el acto impugnado y la ordenanza No. 032 de 1988, por cuanto al expedirse aquel no se incluyó dentro del presupuesto el valor correspondiente al 2% del mismo como aporte destinado a la Contraloría General del Departamento, sino que en el capítulo III, literal c, artículo 62, solamente aforó la suma de $ 1.000.oo para dicha entidad.

2-. Lo anterior conduce a la infracción directa y manifiesta del artículo 85 del Decreto Ley 1222 de 1986 y 66 del Decreto Ley 01 de 1984.

II-. LAPROVIDENCIA RECURRIDA

Para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, el *a quo* sostuvo principalmente lo siguiente:

1 -. La vigilancia y control fiscal del Instituto de Transportes y Tránsito del Huila, corresponde a la Contraloría General del Departamento, conforme a la Ordenanza No. 024 de 1983.

2-. De acuerdo con la Ordenanza No. 032 de 1988, que modificó el Código Fiscal del Huila, el presupuesto de la Contralorfa General del Departamento es igual al 2% del presupuesto del sector central y del de las entidades descentralizadas.

3-. Las citadas ordenanzas se hallan vigentes y corresponde cumplirlas al Instituto de Transportes y Tránsito del Huila, conforme a los mandatos de los artículos 85 del Decreto Ley 1222 de 1986 y 66 del Decreto Ley 01 de 1984.

4-. Al no destinar el acto acusado el 2% de su monto total como aporte a la Contraloría, ya que el artículo 62 incluye tan solo como partida la suma de $ 1.000.00, pues el total del presupuesto asciende a $528.800.000.oo, se presenta la manifiesta infracción de las normas invocadas por el accionante, lo cual hace procedente la suspensión provisional solicitada.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para sustentar su discrepancia con el proveído apelado, el recurrente se apoya en apartes de una providencia de esta Corporación que dice haber sido desconocida por el *a quo,* y en la cual se expresó: El primer argumento en el cual se fundamentó el Tribunal para denegar la suspensión provisional del acto acusado (se refiere a la Ordenanza No. 032 de 1988) consiste en que la "interpretación" contenida en la sentencia mediante la cual la Corporación declaró la nulidad del artículo 4o. del Decreto Ordenanzal No. 420 de 1983, cuya reproducción se predica por el solicitante de la medida, puede entenderse superada por los mandatos contenidos en los artículos lo., 2o., 23 y 24, en concordancia con los artículos 94 y 95 de la Ley 38 de 1989, que constituye el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación. Sin que sea necesario acudir a extensas o complicadas disquisiciones, la Sala considera que dicho argumento carece de toda firmeza jurídica, por la sencilla razón de que habiéndose expedido el acto demandado en el año de 1988, las únicas normas bajo las cuales puede examinarse su legalidad o ilegalidad, son aquellas vigentes en dicho momento, entre las cuales se encontraba, sin lugar a duda, el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El proveído recurrido habrá de revocarse por las siguientes razones:

!-. La Ordenanza No. 32 de 1988, expedida por la Asamblea Departamental del Huila, cuya violación clara advirtió el *a quo* para acceder a la medida precautoria del acto acusado, fue suspendida provisionalmente en sus efectos por esta Corporación en providencia de 30 de julio de 1993, expediente No. 2302, actor: Jorge Jesús Murcia, Consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, en lo que atañe a la expresión "y sus anexos" contenida en el inciso 2o. del artículo lo. y la totalidad del parágrafo de este.

Cabe advertir que estas normas se refieren al presupuesto de las entidades descentralizadas para efectos de aportar el 2% con destino a la Contraloría General del Departamento.

2-. Esta circunstancia, en principio, podría conducir a afirmar que la medida de suspensión provisional no sería viable en el caso *sub examine,* dado que el acto considerado como quebrantado, perdió su fuerza ejecutoria por ministerio del artículo

66, numeral lo. del C. C. A., lo cual abriría paso a la aplicación del artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 (codificado en el artículo 245 del C. de R. D.), disposición esta respecto de la cual se ha interpretado su alcance en el sentido de que cuando ella se refiere a presupuestos, estos son los de cada departamento, sin inclusió0n del de sus respectivas entidades descentralizadas.

3-. Sin embargo, esta Corporación tanto en el proveído referido*ab initio*, como en la providencia de 21 de enero de 1994, expedienteNo. 2742, actora: María Eugenia Alzate Jiménez, Consejero ponente doctorMiguel González Rodríguez, ha planteado interrogantes acerca de si las interpretaciones que sobre el alcance del artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 se han fijado en las distintas providencias que han dado lugar a decretar la nulidado suspensión provisional de los efectos de las ordenanzas violatorias del citado precepto legal, subsisten o no frente a los mandatos de la Ley 38 de 1989 (artículos lo., 2o., 23 y 24, en concordancia con los artículos 94 y 95), si se tiene en cuenta que bajo la vigencia de esta ley fue que se expidió el acto que se acusa.

4-. Tales interrogantes hacen necesario entonces un estudio de fondo de la normatividad últimamente mencionada, impropio de esta etapa inicial del proceso, lo cual impide acceder al decreto de suspensión provisional solicitado y conduce indefectiblemente a la Sala a revocar el proveído objeto del recurso.

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

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado, y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 01 de 1993, expedido por la Junta Directiva del Instituto de Transportes y Tránsito del Huila.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 27 de enero de 1994.

YesidRojas Serrano, Presidente; *Ernesto RafaelA riza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente.

REGISTRO DE MARCA/NOMBRE COMERCIAL/SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

> **Para determinar que se incurrió en la causal de irregistrabilidad prevista en la norma comunitaria, previamente se debe comprobar que el accionante adquirió un derecho respecto del nombre comercial para que así mismo pueda predicarse que se trata de un derecho que debe protegerse por la legislación interna, aspecto este que corresponde a la etapa probatoria del proceso que ha de servir de fundamento para la sentencia que en él deba proferirse y por lo tanto se hace improcedente un pronunciamiento anticipado sobre el mismo.**

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2766. Acción: Nulidad. Actora: SOCIEDAD NAUTICA APPAREL INC.

La sociedad NAUTICA APPAREL INC., a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 596 del C. de Co., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, del artículo 2o. de la resolución No. 1583 de 19 de mayo de 1992, por la cual la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, concedió en favor de la sociedad CONFECCIONES RAM LIMITADA el registro de la marca "NAUTICA" para distinguir productos de la clase 25 del Decreto 755 de 1972.

Como la demanda reúne los requisitos legales, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Los argumentos que expresa la actora en apoyo de la solicitud de la medida cautelar, pueden sintetizarse así:

I-. El acto acusado viola ostensiblemente los artículos 76 a 78, 80, 84, 85, 93 a 97 y 103 a 105 de la decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, los cuales expresamente exigen la existencia de un titular del registro para ser titular de una marca y poder ejercitar los derechos inherentes a la misma.

En el evento *sub lite,* la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la resolución acusada otorgó el registro de la marca "NAUTICA" a la sociedad CONFECCIONES RAM LIMITADA, quien en el momento del otorgamiento había dejado de existir, lo cual hace que sea nulo el acto por carecer de sujeto en quien pueda recaer o radicarse.

2-. Como se demuestra con la prueba contenida en el numeral 7.1.4.1, la demandante es una sociedad domiciliada en los Estados Unidos de América y como tal, goza de la protección otorgada a todos los nacionales de ese país por la Ley 59 de 1936, mediante la cual se incorporó al derecho interno colombiano la Convención de Washington de 1929, la cual en su artículo 14 establece la protección del nombre comercial de las personas naturales o jurídicas domiciliadas en cualquiera de los Estados contratantes, sin necesidad de registro o depósito.

El literal b) del artículo 73 de la decisión 313, prohíbe registrar marcas que sean idénticas o semejantes a un nombre comercial protegido, de acuerdo con la legislación interna.

Como el nombre comercial de la sociedad NAUTICA APPAREL INC. es idéntico a la marca registrada en virtud del acto acusado, que se encuentra protegido por la Ley 59 de 1936, procede la suspensión provisional pues dicha marca reproduce la parte esencial del nombre comercial de la demandante con lo cual se configura la causal de irregistrabilidad del citado literal b) del artículo 73 de la decisión 313.

II-. LA DECISION

Para resolver, se considera:

En cuanto toca al primer argumento, no advierte la Sala la ostensible infracción de las normas invocadas por el actor, ya que por el contrario se hace necesario dilucidar, entre otros aspectos, el alcance del artículo 172 del C. de Co., que regula la fusión de las sociedades comerciales, como la que operó en la sociedad beneficiaria del registro marcario, la cual fue absorvida por la sociedad PIEDRAHITA VELEZ LIMITADA,

como consta en la escritura pública No. 349 de 14 de febrero de 1991 de laNotaría 10 de Bogotá, adjuntada en los anexos 7.3.2., y de las estipulaciones contenidas en la cláusula 8a. de la misma, sobre todo en lo que atañe a que la sociedad absorbente incorpora a su patrimonio el de las absorvidas, como una continuación de estas, asumiendo así todas las obligaciones aun las meramente eventuales, que permita establecer si puede hablarse o no de inexistencia del titular del registro marcario.

Dado que tales aspectos no pueden ser objeto de análisis en esta etapa del proceso, sino en la correspondiente a la sentencia, por conllevar un estudio de fondo, es del caso denegar la solicitud impetrada en cuanto al primer argumento en estudio.

En lo que concierne al segundo argumento que expone la actora, observa la Sala lo siguiente:

I-. El artículo 73, literal b) de la decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, estatuye como causal de irregistrabilidad de las marcas, aquellos signos que en relación con derechos de terceros presenten algunos de los siguientes impedimentos: que "sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los países miembros, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error".

Esta norma al igual que la contenida en el artículo 14 de la ley 59 de 1936, pretende dar protección al nombre comercial.

El Código de Comercio, en este caso viene a ser la legislación interna a la que alude el literal b) del artículo 73 de la decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a través de la cual se protege el nombre comercial.

Prescribe dicho estatuto en el artículo 603:

Los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro. No obstante, puede solicitarse su depósito. Si la solicitud reúne los requisitos de forma establecidos para el registro de las marcas, se ordenará la concesión del certificado de depósito y se publicará'.

De lo anterior se infiere que para determinar que se incurrió en la causal de irregistrabilidad prevista en la norma comunitaria, previamente se debe comprobar que el accionante adquirió un derecho respecto del nombre comercial para que así mismo pueda predicarse que se trata de un derecho que debe protegerse por la legislación interna, aspecto este que corresponde a la etapa probatoria del proceso que ha de servir de fundamento para la sentencia que en él deba proferirse y por lo tanto se hace improcedente un pronuncian-dento anticipado sobre el mismo.

Por estas consideraciones estima la Sala que también debe denegarse la solicitud incoada.

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

RESUELVE:

1o): ADMITESE la demanda promovida por la sociedad NAUTICA APPAREL INC. y reconócese como su apoderado al abogado Germán Marín, conforme al memorial de sustitución del poder que obra a folio 1 del cuaderno No. 1, en armonía con los documentos visibles a fólios 10 a 12 *ibídem* 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 copias de la demanda y sus anexos, al señor superintendente de Industria y Comercio, y por tener interés directo en las resultas del proceso, al representante legal de la sociedad PIEDRAHITA VELEZ LIMITADA.

Para efectos de esta última notificación, la demandante deberá suministrar la dirección en donde habrá de surtirse la diligencia.

C): FIJESE el proceso en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C. C. A.

d): DEPOSITE la actora en la Secretaría de la Sección, la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): SOLICITESE a la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Signos Distintivos, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o.): DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional impetrada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de enero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodriguez Rodríguez,* ausente.

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION-Liquidación**/PARTICIPACION MUNICIPAL EN EL PRESUPUESTO**

Para efecto de determinar cuál es la cifra exacta sobre la cual debe aplicarse el 14 de que trata el precitado artículo 357 de la Carta, que los actores estiman vulnerado, debe deducirse del valor bruto de los ingresos corrientes, los valores correspondientes a los conceptos que se excluyen en la misma disposición. La Sala advierte que en anexo del Presupuesto General de la Nación, correspondiente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el Programa 3, Unidad 1301-10, participación ingresos corrientes, figura no la suma de $618.524.891.000, sino $626.270.893.000; empero, la demandada explica la diferencia diciendo que de este rubro debe restarse $7.747.002.000 que corresponde a lu rubros 091 a 099 de la sección correspondiente, que son las participaciones en el IVA para los antiguos Territorios Nacionales, puesto que tienen base constitucional propia. Se ha deducido, que los ingresos corrientes de la Nación para los efectos de la participación de los municipios en ellos, es la suma de $4.424.159.000.000. El 14 de esta cifra es $618.524.891.000, de los cuales $507-576.397.000 (valor constante) se discriminó por departamentos. La discriminación por departamentos que se hace en el decreto de liquidación la fundamenta la demandada en la aplicación de la Ley 12 de 1986, siguiendo, dice, la orientación consignada en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, según la cual ante la falta de una ley que desarrolle el artículo 357 de la Carta, debe estarse al ordenamiento legal vigente sobre el particular, cual es la mencionada ley y el Decreto Extraordinario 77 de 1987, apreciación que la Sala comparte, por

tratarse de materias semejantes donde bien cabe aplicar el principio de la analogía, y teniendo en cuenta, además la previsión contenida en el artículo transitorio 45 de la Constitución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C, veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Sección Primera-Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.

Ref.: Expediente No. 2529. AUTORIDADES NACIONALES. Actores: Jorge García Hurtado y Luis Alfredo Ramos Botero.

Los señores Jorge García Hurtado y Luis Alfredo Ramos Botero, en su condición de ciudadanos y de veedor del Tesoro Público, el primero, y alcalde metropolitano de Medellín, el segundo, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A.., han ocurrido ante esta Corporación en solicitud de que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones:

a) Artículo 2o.del Decreto2100 de 29 de diciembre de 1992, "Por el cual se liquida el presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal de 1993, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos", en cuanto concierne al Ministerio deHacienda y Crédito Público y específicamente al resumen general de sus gastos en lo que se refiere a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y al anexo donde se detalla en el programa 3, artículo 174, dicha participación.

b) De los artículos lo., 2o. y 3o. de la resolución No. 00609 de 24 de marzo de 1993, dictada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, "Por el cual se efectúa un traslado en el presupuesto de gastos de funcionamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la vigencia fiscal de 1993"

TEXTODELASDISPOSICIONESACUSADAS

1o. Artículo 2o. del Decreto número 2100 de 29 de diciembre de 1992, en la parte que a continuación se transcribe:

Concepto	Aporte Nacional	Total
Participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación	110.947.494.000	110.947.494.000
Anexo - Presupuesto general de la Nación Sección 1301		
Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Unidad 130110		
Participación Ingresos Corrientes		
Num. programa		
3 Transferencias		

Num. Prog.	Art. Rec. Concepto	Aporte Nacional	Total
174	Participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación	110.947.494.000	110.947.494.000
02	Destinación específica,	110.947.494.000	

2o. Artículos lo., 2o. y 3o. de la resolución número 00609 de 24demarzo de 1993:

"ARTICULO 1o. DECLARAR DISPONIBLE PARA SER CONTRACREDITADA LA SUMA DE CIENTO DIEZ MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS ($110.947.494.000).

CONTRACREDITO

SECCION 1301

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

UNIDAD 1301 - 10

PARTICIPACION INGRESOS CORRIENT'ES

Numeral	3 Transferencias	
Artículo 174	Participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación	
Recurso 02	Destinación específica,	$110.947.494.000
	TOTAL CONTRACREDITO	$110.947.494.000

"Artículo 2o. Con base en el contracrédito efectuado en el artículo anterior, se abren los siguientes créditos en el presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

CREDITOS

SECCION 1301

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

UNIDAD 1301 - 10

PARTICIPACION INGRESOS CORRIENTES

RECURSO 02 DESTINACION ESPECIFICA

Numeral 3	Transferencias	
Artículo 024	Municipios del departamento de Antioquia	16.692.083.998
Artículo 025	Municipios del departamento del Atlántico	3.977.380.177
Artículo 026	Santafé de Bogotá, Distrito Capital	9.870.086.532
Artículo 027	Municipios del departamento de Bolívar	4.644.717.826
Artículo 028	MunicipiosdeldepartamentodeBoyacá	5.523.486.003
Artículo 029	Municipios del departamento de Caldas	4.008.348.685
Artículo 030	Municipios del departamento del Caquetá	1.293.618.419
Artículo 031	Municipios del departamento del Cauca	3.652.473.879
Artículo 032	Municipios del departamento del Cesar	2.781.977.048
Artículo 033	Municipios del departamento de Córdoba	4.094.947.735
Artículo 034	Municipios del departamento de C/marca.	7.369.958.717
Artículo 035	Municipios del departamento del Chocó	1.555.470.107
Artículo 036	Municipios del departamento del Huila	2.766.941.993
Artículo 037	Municipios del departamento de La Guajira	1.339.999.918
Artículo 038	Municipios del departamento del Magdalena	3.215.294.166
Artículo 039	Municipios del departamento del Meta	1.827.256.335
Artículo 040	Municipios del departamento de Nariño	4.596.524.772
Artículo 041	Municipios del depto. de N. de Santander	3.422.692.708
Artículo 042	Municipios del departamento del Quindío	1.450.479.837

Artículo 043	Municipios del departamento de Risaralda	2.037.355.457
Artículo 044	Municipios del departamento de Santander	5.762.906.800
Artículo 045	Municipios del departamento de Sucre	2.914.894.233
Artículo 046	Municipios del departamento del Tolima	5.027.337.525
Artículo 047	Municipios del depto. del Valle del Cauca	9.218.705.057
Artículo 048	Municipios del departamento del Arauca	417.912.150
Artículo 049	Municipios del departamento del Casanare	757.846.056
Artículo 050	Municipios del departamento del Putumayo	956.992.563
Artículo 051	Municipiosdel departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	19.106.106
Artículo 052	Municipios del departamento del Amazonas	137.583.838
Artículo 053	Municipios del departamento del Guainía	60.886.503
Artículo 054	Municipios del departamento del Guaviare	204.562.867
Artículo 055	Municipios del departamento del Vaupés	88.811.928
Artículo 056	Municipios del departamento del Vichada	78.854.062
	TOTAL CREDITOS	$110.947.494.000

"Artículo3o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y requiere para su validez de la aprobación del Director General del Presupuesto Nacional.

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS

Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señalan los actores como normas violadas, el artículo 357 de la Constitución Nacional y el numeral lo. del artículo lo. de la Ley 21 de 1992.

Argumentan que la violación se presenta porque según la ley citada, los ingresos corrientes de la Nación se aforan en la suma de $5'312.704.800.000, en consecuencia el 14% de que trata el artículo 357 de la Constitución, es la suma de $743.778.672.000,

empero de esto, en la ley se apropió la suma de $110.947.494.000 de lo cual resulta que se ha escamoteado a los municipios la no despreciable suma de $632.831.178.000. Es decir, que con los actos acusados se les cercena a los municipios un poco más del 85% de lo que les corresponde, sin tener presente que la Constitución consagra la descentralización de los recursos financieros de los municipios y que a pesar de que en los considerandos de la resolución 00609 se citan, como normas que facultan realizar la distribución de la participación de los municipios, los artículos 357 y 45 transitorio, lo cierto es que en la liquidación no se aplicó el 14% sobre los ingresos corrientes de la Nación, causándose enormes perjuicios financieros a los municipios.

Manifiesta que de no corregirse esta anomalía los municipios dejarían de percibir para el próximo año más de $992.000 millones, los cuales se quedarían en el Gobierno central sin que se logren llegar a las regiones más necesitadas del país. Explican con un cuadro estadístico sobre proyecciones de ingresos corrientes de la Nación, la cantidad de dinero que dejarán de recibir los municipios si se aplica el procedimiento utilizado por el Gobierno en los actos atacados.

Finalmente, afirman que la resolución acusada redistribuyó la cuantía pordepartamentos sin establecer cuantía a nivel de municipios como debía haberío hecho.

RAZONES DE LA DEFENSA

Sostiene la parte demandada que el decreto de liquidación no es creador de obligaciones legales, pues sólo tiene una función unificadora, es decir, que se expide para unificar la disparidad que se presente entre el proyecto de ley anual de presupuesto y laley anual de presupuesto, rebajando, agregando y/o suprimiendo, según sea el caso, lo que haya sido modificado por el Congreso dél proyecto original.

El decreto en juicio y por ende la resolución impugnada, sólo se limitaron a cumplir con lo establecido en la ley, es decir, en lo que está previsto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto Ley 38 de 1989- y en el artículo 3o. del Decreto 745 de 199 1.

En lo que respecta a la cuestión de fondo, aduce la demandada que en la ley anual de presupuesto se aprobó en el rubro de transferencias que se determina en el número de programa A, sobre gastos de funcionamiento del ordinal 3 que trata de las transferencias, indicando en la sección 1301 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la suma de $1.029.129.616.000, donde se incluye la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación. En ninguna otra parte de la ley anual se alude a este punto y debe entenderse que dichas participaciones, a cargo del mencionado Ministerio, son a las que se refiere el rubro indicado, parte del cual se dirige a las mencionadas entidades territoriales.

El Decreto 2100 de 1992, decreto de liquidación, por su parte, comprende 56 partidas en el rubro de transferencias del acápite del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que suman precisamente la cifra ya indicada ($1.029.129.616.000). Esterubro

incluye los recursos de participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que aparecen en la unidad 1301 - 1 0 a que se hace referencia, suma que asciende a $618.523.89 1.000, distribuidos fundamentalmente en dos grandes rubros. El primero, visible en los artículos 024 a 056, discrinÚna la participación de los municipios de cada departamento, para un total de $507.576.397.000. El segundo, por su parte, que suma $110.947.494.000, y de él se valen los ¡repugnantes para sostener su inconformidad sin aludir al primero.

La resolución 609 de 1993 distribuye entre los municipios el segundo de los rubros aludidos. Por lo anterior no puede en manera alguna vulnerar la ley 21 de 1992, puesto que el decreto de liquidación es numéricamente acorde con la ley y la resolución no es sino un desarrollo de ella.

Debe precisarse que bajo el rubro de transferencias que corresponde girar al Miñisterio de Hacienda y Crédito Público, aparece la suma de $626.270.893.000, pero de ella deben restarse $7.747.002.000, que corresponde a los rubros 091 a 099 de la sección correspondiente, que son las partipaciones en el IVA para los antiguos Territorios Nacionales, puesto que estas tienen base constitucional propia.

Conforme al artículo 357 de la Constitución Política, que dispone que los municipios participen en los ingresos corrientes de la Nación, para 1993 hay dos principios rectores: 1. La transferencia debe al menos ser igual a las transferencias en virtud del IVA para 1992, reajustadas por pérdida de valor adquisitivo de la moneda, y, 2. En ningún caso puede ser inferior al 14% de los ingresos corrientes de la Nación menos las deducciones previstas en dicha norma.

Debe destacarse que en el concepto de 26 de noviembre de 1992, la Sala de Consulta y Servicio Civil atinó:

> "Como la distribución de esta transferencia no ha sido específicamente reglamentada, deberá estarse a las normas que regulan materias semejantes (art. 8o. de la Ley 153 de 1887), cuales son las que fijan las asignaciones provenientes del impuesto nacional a las ventas previstas.
>
> "En cuanto a los municipios se les debe reconocer el total de los ingresos corrientes de la Nación que les asigna para 1993 el artículo 357 de la Constitución, en armonía con el 45 transitorio; su distribución se hará conforme a los criterios señalados en la Ley 12 1986, Decreto 77 de 1987 y demás disposiciones concordantes actualmente vigente".

Los demandantes no tuvieron en cuenta lo preceptuado en el inciso 2o. del parágrafo del artículo 357 de la Carta, ni en el inciso lo. del artículo transitorio 43 *ibidem* que previó que el Congreso podía, por una sola vez, disponer ajustes tributarios cuyo producto se destine exclusivamente a la Nación, para atender las obligaciones que en esta misma norma se señalan.

La base para determinar la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación no podía ser, entonces, la señalada por los actores, sino que es megor, como lo aclaró el ministro de Hacienda y Crédito Público en misiva dirigida al Acalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C., en su calidad de presidente de la Federación Colombiana de Municipios y lo explicó con mayor detalle en respuestas rendidas a la proposición No. 1 19 del Senado de la República, las cuales consigna la demandada a fólios 61 y 62, de lo cual deduce que los ingresos corrientes de la Nación que constitucional y legalmente constituyen la base para establecer la participación municipal en 1993, equivalen a $4.424.2 miles de millones.

La participación en el IVA que correspondió a los municipios en 1992, fue la suma de $422.980.330.800. El Decreto 2100 reajustó esta suma en un 20% que en aquel momento se consideró suficiente para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y se obtuvo la cifra de $507.576.397.000. La participación no podía ser inferior a este monto en 1993. Sin embargo, los ingresos corrientes de la Nación, hechas las deducciones correspondientes, para 1993 llegaban a $4.424.259.000.000. EL 14% de esta cifra, con los ajustes de rigor, es $618.524.89 1.000. La primera de estas cifras se discriminó por departamentos en el decreto de liquidación, de conformidad con los criterios de Ley 12 de 1986, tal como lo expuso el Consejo de Estado. El saldo, $110.947.494.000, que era la diferencia entre dicho valor constante y el 14% de los ingresos corrientes de la Nación proyectados para 1993, se presentó en bloque, sin distribuir, en el decreto de liquidación, en espera de la adopción de criterios legales al efecto. Sin embargo, al iniciar el primer período legislativo de 1993 fue evidente que el proyecto de ley de recursos y competencias que estaba a consideración del Congreso tendría un trámite dilatado, por lo que se decidió acoger el criterio del Consejo de Estado, y procedió, así, a hacer el reparto entre los diversos municipios de conformidad con Ley 12 de 1986.

Finalmente, frente al argumento de la inexistencia de una distribución a nivel municipal, la demandada afirma que a pesar de que tanto el decreto de liquidación como la resolución 609, expresan las partidas como 'Municipios del departamento de ..... los giros se hacen a cada municipio de conformidad con los procedimientos vigentes.

De otra parte, dice la demandada, la resolución 609 de 1993, fue modificada por la resolución 847 de 26 de abril que reliquida el valor actual de la participación del IVA de 1992, al reajustaría por un 22%, con lo que se incremento el monto base de la participación obligatoria, para beneficio de los municipios.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Señala la señora procuradora primera delegada ante esta Corporación, que del examen de los artículos 357 y transitorio 45 de la Carta, se llega a la misma conclusión de los demandantes en cuanto a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, pero que, no obstante ello, como el parágrafo del citado artículo

357 excluye de la participación de que se trata, los impuestos nuevos cuando el Congreso así lo determine y, por el primer año de vigencia, los ajustes a tributos existentes y los que se arbitren por medidas de emergencia económica, cuyos datos no fueron aportados ni pormenorizados, por la parte actora, se hace imposible la determinación del ingreso corriente y, por ende, de cuál es el monto de participación que corresponde a los municipios,lo que debe traducirse en denegación de las súplicas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acusación se centra en que no se dio cabal aplicación al artículo 357 de la Constitución Nacional en cuanto este prescribe en su parágrafo que para 1993 la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación será del 14%, lo que arroja un total de $743.778.672.000, teniendo en cuenta que los ingresos corrientes que se aforan en la ley de presupuesto para ese año -la No. 21 de 1992-, es la suma de $5.312.704.800.000, como puede leerse, dicen los actores, en su artículo lo., numeral 1.

Sin embargo, afirman estos, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2100 de 29 de diciembre de 1992, "Por el cual se liquida el presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal de 1993, se detallan las apropiaciones y se califican y definen los gastos", en su artículo 2o., en lo referente al resumen general de los gastos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en el anexo del presupuesto general de la Nación, Sección 1301 del referido Ministerio; Unidad 1301-10; número de programa 3; numeral 3 transferencias artículo 174, se fija, como participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, la suma de $110.947.494.000, suma que se recoge en la resolución 00609 de 24 de marzo de 1993, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de distribuirlos a los municipios de los departamentos del país, con el carácter señalado, es decir, de participación en los ingresos corrientes de la Nación.

El artículo 357 de la Carta, prescribe en lo pertinente, lo siguiente:

> "Los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación. La ley, a iniciativa del Gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esta participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.
>
> "Los recursos provenientes de esta participación serán distribuidos por la ley de conformidad con los siguientes criterios:
>
> "....
>
> Parágrafo: La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se incrementará año por año, del catorce por ciento de 1993 hasta alcanzar el veintidós por ciento como mínimo en el 2002. La ley fijará el aumento gradual de estas transferencias y definirá las nuevas responsabilidades que en materia de inversión social asumirán los municipios y las condiciones para su cumplimiento...

"Estarán excluidos de la participación anterior, los impuestos nuevos, cuando el Congreso así lo determine y, por el primer año de vigencia, los ajustes atributos existentes y los que se arbitren por medidas de emergencia económica".

Esta preceptiva guarda relación con el artículo transitorio 45 *ibídem* el cual estatuye:

> "Los distritos y municipios percibirán como mínimo, durante la vigencia fiscal de 1992, las participaciones en el impuesto al valor agregado IVA, establecidas en la Ley 12 de 1986, **a partir de 1993 entrará a regir lo dispuesto en el artículo 357 de la Constitución, sobre participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.**
>
> La ley, sin embargo, establecerá un régimen gradual y progresivo de transición apartirde 1993 y por un período de tres años, al cabo del cual entrarán en vigencia los nuevos criterios de distribución señalados en el citado artículo. **Durante el período de transición el valor que reciban los distritos y municipios por concepto de participaciones no será inferior, en ningún caso, al percibido en 1992, en pesos constantes"** (las subrayas son de la Sala).

La precedente normatividad deja bien claro que el porcentaje mínimo de participaciónde los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, a partirde 1993, es del 14%; y que, durante el período de transición -tres años a partir de 1993- la participación no será, en ningún caso, inferior al percibido en 1992, en pesos constantes.

Pero se previene también que al monto de los recursos corrientes de la Nación, para efectos de la señalada participación, debe hacérsele las deducciones que se consagran en el parágrafo del referido artículo 357, aspecto al que no hicieron referencia alguna los demandantes y sí destacó explícitamente la parte demandada.

Así que para efecto de determinar cuál es la cifra exacta sobre la cual debe aplicarse el 14% de que trata el precitado artículo 357 de la Carta, que los actores estiman vulnerado, debe deducirse del valor bruto de los ingresos corrientes, los valores correspondientes a los conceptos que se excluyen en la misma disposición.

A este respecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al contestar la demanda, precisó las cifras deducibles, así:

1. $659.088 millones por-concepto de los ingresos de la Ley 6a. de 1992 o ley de reforma tributario, durante 1993, de acuerdo con el inciso segundo del parágrafo único del artículo 357 de la Constitución Política y con el artículo transitorio 43 de la Carta Política.

Y con un sano criterio interpretativo, agrega:

2. $29.261 irtillones provenientes del IVA -cemento- que es una. renta de destinación específica que encuadra dentro de la segunda excepción contemplada en el artículo 359 de la Constitución Política, ya que su destino es la financiación del subsidio de vivienda de interés social.

3. Los recursos por $7.747 millones y $61.890 millones destinados a las antiguas intendencias y comisarías y a las Cajas de Previsión Social Departamental respectivamente, que se ajustan a la tercera excepción estipulada en el artículo 359 de la Constitución Política que dice: "Las que, con base en las leyes anteriores, la nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías".

4. Las regalías por la explotación de petróleo por $117.974 millones y de carbón por $12.495 millones, que recibirá la Nación, que de acuerdo con el artículo 360 de la Constitución Política, "se destinarán a las entidades territoriales para aplicarlas a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales", a través del Fondo Nacional de Regalías que la ley creará y regulará.

Estas deducciones son el resumen, dice la demandada, de las que figuran en el anexo 1 del presupuesto, recursos presupuestales que en total suman $888.500 millones (por exceso), que restados al valor bruto de los ingresos corrientes, dan una diferencia de $4.424.200.000.000 que son los ingresos corrientes base para establecer la participación de los municipios en 1993.

La antecedente argumentación, no fue discutida, ni comentada, ni aludida por los actores en su alegato de conclusión, donde sólo se limitaron a reiterar lo expuesto en la demanda.

Ahora bien, aplicado el 14% a este último guarismo ($4.424.159.000), se obtiene la suma de $618.524.89 1.000 que aparecen en el presupuesto distribuido así:

$507.576.397.000 (transferencias) para 1993 y $110.947.494.000 que fueron distribuidos entre los municipios mediante resolución 609 de 1993.

La Sala advierte que en anexo del presupuesto general de la Nación, correspondiente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el Programa 3, Unidad 1301 - 10, participación ingresos corrientes, figura no la suma de $618.524.891.000, sino $626.270.893.000; empero, la demandada explica la diferencia diciendo que de este rubro, debe restarse $7.747.002.000 que corresponde a los rubros 091 a 099 de la sección correspondiente, que son las participaciones en el IVA para los antiguos Territorios Nacionales, puesto que tienen base constitucional propia.

En efecto, la Sala constata que en el referido anexo, tomo 2, página 159, se consignan los referidos rubros -91 a 99- cuyos cuantías totalizan $7.747.002.000.

Añade la demandada que la participación en el IVA que correspondió a los municipios en 1992, fue la suma de $422.980.330.800 y que el Decreto 2100 reajustó esta suma en un 20% que en aquel momento consideró suficiente para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y se obtuvo la cifra de $507.576.397.000.

Se ha deducido que los ingresos corrientes de la Nación para los efectos de la participación de los municipios en ellos, es la suma de $4.424.159.000.000. El 14% de esta cifra es $618.524.89 1.000, de los cuales $507.576.397.000 (valor constante) se

discriminó por departamentos, según aparece en el anexo al presupuesto, en la parte correspondiente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Programa 3, Unidad 1301-10, participación ingresos corrientes, artículos 24 a 56) y el saldo, o sea $110.947.494.000, aparece en bloque, en el señalado anexo, pero en el artículo 174 (págs. 156 a 159 del tomo 2).

La discriminación pordepartamentos que se hace en el decreto de liquidación, la fundarnenta la demandada en la aplicación de la, Ley 12 de 1986, siguiendo, dice, la orientación consignada en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, según la cual ante la falta de una ley que desarrolle el artículo 357 de la Carta, debe estarse al ordenamiento legal vigente sobre el particular, cual es la mencionada ley y el decreto extraordinario 77 de 1987, apreciación que la Sala comparte, por tratarse de materias semejantes donde bien cabe aplicar el principio de la analogía, y teniendo en cuenta, además, la previsión contenida en el artículo transitorio 45 de la Constitución.

Con igual criterio, era viable, entonces, efectuar el reparto entre los diversos municipios de la última cifra ($110.947.494.000), a través de la resolución número 0609 de 1993, la cual también se sustentó en el artículo 3o. del Decreto 745 de 1991.

Es de advertir que, ya hoy, precisa tener en cuenta para los efectos referentes a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, la Ley 60 de 1993, la que empezó a regir el 12 de agosto de dicho año, y desarrolla, entre otros preceptos constitucionales, el artículo 357.

En este orden de ideas, cabe concluir que no les asiste razón a los demandantes, por cuanto, el monto de los recursos ordinarios de la Nación para los efectos señalados en esta disposición, no es el determinado en la demanda, sino el explicado a través de esta providencia.

En consecuencia, no se da la infracción que los actores señalan en su libelo demandatorio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda. DEVUELVASE a la parte actora, la suma de dinero depositada para gastos del proceso y no utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 27 de enero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente.

JUEGOS DE AZAR/PERMISO DE POLICIA/LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO/ACTO GENERAL/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Improcedencia/**INTERES JURIDICO-**Inexistencia/**LEGITIMACION POR ACTIVA**

Se admite en aras a la discusión sobre la posible transgresión de unos derechos individuales, que el acto, inspirado en un objetivo de orden general, hubiera particularizado sus efectos señalando casos concretos, *verbigratia,* si en la resolución acusada además de determinar la no concesión ni renovación de permisos para el funcionamiento de juegos y/o similares, hubiera señalado taxativamente establecimientos que debían sufrir las secuelas de la medida. No fue así y es por eso que la susodicha resolución podría ser sujeta a una acción de nulidad fandamentada en el artículo 84 del C. C. A., mas no en la del artículo 85, acción esta que busca el restablecimiento de los derechos particulares amparados por una norma jurídica y lesionados por un acto de la administración. Sin embargo, tomando la acción como de nulidad y restablecimiento del derecho, debe hacerse también el cuestionamiento sobre cuál es él derecho amparado en una norma jurídica cuyo restablecimientopretende el actor. Así, en el caso de considerar la resolución acusada como objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C. C. A., el propietario del negocio que se dice afectado con la medida, carecía de la acción para invocarla, esto es, no poseía la capacidad jurídica y procesal para actuar como impugnante. Quiere decir lo anterior, en términos del proceso contencioso administrativo, que al faltar el interés, el juicio careció de uno de los presupuestos procesales esenciales tanto a la acción como a la demanda misma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente No. 2671. Consulta. Actor: Jair García Garcés.

Entra la Sala a resolver la consulta que, en cumplimiento del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, fue formulada sobre la sentencia del 20 de agosto de 1993, en el proceso que seguidamente se determina.

ANTECEDENTES

1.- La acción

El actor de la referencia promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en contra de la resolución número 003 de 1992 (marzo 11) expedida por la junta de Hacienda Municipal de Sevilla, Valle, mediante la cual se resuelve:

> "ARTICULO PRIMERO.-NO CONCEDER NI RENOVAR PERMISOS para el funcionamiento de JUEGOS Y/O SIMILARES en el municipio de Sevilla, así estén permitidos por la ley y por las consideraciones expuestas.
>
> "ARTICULOSEGUNDO.-NOTIFICARLE a los interesados en la apertura de establecimientos de JUEGOS Y/O SIMILARES acerca del contenido de la presente resolución, así como a los propietarios de los establecimientos ya existentes, para que procedan a partir de la fecha de la expedición de esta resolución al cierre de esos establecimientos, dentro del término de ocho (8) días.
>
> "ARTICULO TERCERO.- La presente resolución rige a partir de su expedición".

El accionante manifiesta ser propietario de unos juegos electrónicos en Sevilla, Valle, desde el mes dejunio de 1988, con licencia de Funcionamiento, cuyo cierre le fue ordenado mediante notificación personal el 18 de marzo de 1992. Invoca como normas violadas 'con el proceder administrativo reflejado en la resolución No. 003 de 11 de marzo de 1992", los artículos 122 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 69 del Decreto Extraordinario No. 086 de 1989 de la Alcaldía Municipal de Sevilla, Valle, y los artículos 2, 6 y 90 de la misma Carta, 333, 356 *ibidem* y otras disposiciones citadas en la corrección de la demanda.

Sostiene el actor en la explicación del concepto de violación que el señor alcalde de Sevilla, Valle, desde su posesión como alcalde no ha tenido otra meta en su gobierno que perseguir al actor y acosarlo con oficios y providencias, proceder que lo hace

responsable de la transgresión de los artículos 90 y 60 de la Constitución. Acusa también a la junta municipal de hacienda de ese municipio de transgredir el inciso final del artículo 2o. de la Constitución Política, pues en lugar de proteger a las personas en sus bienes lo que hace es impedirles que con su trabajo consigan su sustento y el de su familia.

2.- La Providencia Consultada

En su fallo del 20 de agosto de 1993, el Tribunal se refiere específicamente al Decreto Extraordinario 086 de 1989 de la Alcaldía Municipal de Sevilla, Valle, sobre el cual dice:

> De acuerdo con el Decreto Extraordinario No. 086 de 30 de agosto de 1989, mediante el cual se determina la estructura de la administración municipal y las funciones de las diferentes secretarías y dependencias del municipio de Sevilla, Valle, el objetivo de la junta municipal de hacienda, no es otro que 'el de asesorar a la administración municipal, en los asuntos relacionados con la formulación de políticas financieras, económicas y fiscales que se requiera para la toma de decisiones que orienten el desarrollo del municipio'. Así lo establece el art. 67 *ibídem*.

Sobre los perjuicios reclamados, afirma el *a-quo* que mediante las pruebas aportadas se logra determinar que el valor de los perjuicios patrimoniales sufridos con el cierre del mencionado establecimiento comercial, asciende a la suma de cuarenta y tres millones ciento treinta y un mil cuatrocientos cuarenta y un pesos con 21/1 00 ctvs. ($43.131.441.21). Al declarar la nulidad del acto demandado, condena al municipio de Sevilla al reconocimiento y pago de dicha suma.

3.- Los Alegatos de Conclusión

Tanto el accionante como laentidad demandadapresentaron en esta instancia sus alegatos de conclusión dentro de los términos señalados para la actuación. El señor apoderado del actor, en su alegato enviado por telefax, sostiene entre otros argumentos:

> La controversia gira, H. magistrado, en el hecho concreto sobre el cierre arbitrario del establecimiento denominado "La Garrafa", donde funciona un juego de máquinas traganíqueles de propiedad de mi poderdante, Dr. Jair García Garcés y que lo hacía con la licencia debidamente otorgada, con todos los requisitos formales consagrados en los reglamentos y lógicamente ajustados a la ley nacional.
>
> "Todo parece que el señor alcalde de Sevilla, Dr. Jaime Nieto, para la época del cierre del establecimiento, sólo lo motivaba una acción de malquerencia o animadversión contra el Dr. García Garcés, porque sin fórmula de juicio ordenó el cierre manifestando como se puede comprobar en la documentación que obra en autos y la manifestación de la abogada del municipio, que eso se cumplía aunque la ley dijera lo contrario" (fls. 39, 40, cuaderno No. 3).

Por su parte, el apoderado especial del Municipio de Sevilla, Valle, reitera lo que en su oportunidad había manifestado la señora apoderada del mismo municipio en el sentido de que la Junta de Hacienda Municipal, en ningún momento revocó la licencia de funcionamiento de la cigarrería "La Garrafa", sino que simplemente le comunicó al señor García Garcés que las máquinas instaladas en dicho establecimiento comercial, no podían seguir funcionando; que COSMOJUEGOS era un establecimiento comercial pirata y que el actor ha querido, hábilmente confundir a la Sala del Tribunal al hacer creer que COSMOJUEGOS y LA GARRAFA, son el mismo establecimiento de comercio cuando, real y procesalmente se establece que son dos negocios completa-mente distintos, con direcciones independientes y con licencia el uno y sin ella el otro.

Cita también la demandada varias jurisprudencias del Consejo de Estado y agrega:

> "Ha de considerarse además, Honorables Consejeros, que el actor en la sentencia consultada, nunca ha tenido la titularidad del derecho de acción, puesto que como quedó ampliamente demostrado, el establecimiento comercial "COSMOJUEGOS" no ha existido jurídicamente dentro del ámbito municipal y mal puede ser un individuo titular de algo inexistente".

4.- La intervención del Ministerio Público

Se llega a esta sentencia sin contar con el concepto de la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación.

LA SALA CONSIDERA Y DECIDE

Norma primigenia de estas consideraciones y de la consiguiente decisión, es el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo que exige la consulta para las sentencias y autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia, que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública; y dispone que dicha consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades.

Tratándose en el presente caso del juzgamiento de una petición jurídica fundamentada en la acción, no de simple nulidad, sino en la nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, ha de avocar la Sala el examen del interés jurídico que debe ostentar el petente.

Debe señalarse, en primer lugar, que el acto administrativo contra el cual se ejercita la acción, está dentro de la categoría de aquellos de contenido general y abstracto, enderezados no a modificar una situación particular, individual y concreta, sino a la formulación de unas pautas dirigidas a la comunidad en general y con el único fin de proteger los intereses sociales.

Puede ocurrir, se admite en aras a la discusión sobre la posible transgresión de unos derechos individuales, que el acto, inspirado en un objetivo de orden general, hubiera particularizado sus efectos señalando casos concretos, *verbigratia*, si en la resolución

acusada además de determinar la no concesión ni renovación de permisos para el funcionamiento de juegos y/o similares, hubiera señalado taxativamente los establecimientos que debían sufrir las secuelas de la medida. No fue así y es por eso que la susodicha resolución podría ser sujeta a una acción de nulidad fundamentada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, mas no en la del artículo 85, acción esta que busca el restablecimiento de los derechos particulares, amparados por una norma jurídica y lesionados por un acto de la administración.

Sin embargo, tomando la acción como de nulidad y restablecimiento del derecho, debe hacerse también el cuestionamiento sobre cuál es el derecho amparado en una norma jurídica cuyo restablecimiento pretende el actor.

A este propósito, manifiesta el accionante en la parte final del capítulo de los "hechos de la demanda" (folio 80), que el día 18 de marzo de 1992 "le fue ordenado el cierre inmediato de su establecimiento de comercio "COSMOJUEGOS", orden que fue atendida de inmediato por el Dr. JAIR GARCIA GARCES. Y, desde entonces, ese establecimiento permanece cerrado al público".

No dice sin embargo el actor cuándo había surgido a la vida legal, por medio de una autorización administrativa de apertura, el mencionado establecimiento "COSMOJUEGOS". No existe ningún documento emanado de una autoridad municipal, entre los que figuran en el expediente, que demuestre la autorización para el funcionamiento del mismo antes del cierre denunciado en la demanda. El único documento que acredita la existencia legal de dicho establecimiento, es el que aparece a folio 11 del cuaderno número 3 en el que la Secretaría de Hacienda Municipal de Sevilla y la Liquidadora de Impuestos del mismo municipio, hacen constar "Que el establecimiento comercial denominado "COSMOJUEGOS", viene funcionando desde el mes de marzo de 1993, a nombre del señor JAIR GARCIA GARCES" y que "con anterioridad a dicha fecha no ha existido licencia de funcionamiento para dicho negocio".

La constancia aludida, expedida el 20 de octubre de 1993, comprueba, a suficiencia, que el demandante no poseía ningún derecho que se pudiera reivindicar al momento de dictarse la resolución que acusa. La resolución está fechada en marzo de 1992 y el establecimiento denominado "COSMOJUEGOS" comenzó a funcionar legalmente un año más tarde, en el mes de marzo de 1993.

Así, en el caso de considerar la resolución acusada como objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el propietario del negocio que se dice afectado con la medida, carecía de la acción para invocarla, esto es, no poseía la capacidad jurídica y procesal para actuar como impugnante.

Quiere decir lo anterior, en términos del proceso contencioso administrativo, que al faltar el interés, el juicio careció de uno de los presupuestos procesales esenciales tanto a la acción como a la demanda misma.

En efecto, el profesor Carlos Betancur Jaramillo al clasificar los requisitos del proceso en presupuestos procesales de acción, presupuestos formales de la demanda y presupuestos procesales del procedimiento, manifiesta:

> "En este orden de ideas, puede decirse que al primer grupo, constituído por aquellos requisitos indispensables para que la acción de impugnación contra un acto administrativo de contenido particular, pueda instaurarse, pertenecen: a) Que el demandante tenga capacidad jurídica y procesal para actuar; b) Que la acción no se haya extinguido por caducidad; c) Que se haya agotado la vía gubernativa o que la administración no haya permitido ese agotamiento, y d) Que se haya operado el fenómeno del silencio frente a los recursos interpuestos.
>
> "Para que la sentencia sea favorable al actor, éste debe demostrar plenamente la existencia del derecho en calidad de exigible y la de los hechos jurídicos que le sirven de causa. A su turno, para el demandado la sentencia será favorable cuando alegue excepciones de fondo y las pruebe o cuando el juzgador las declare de oficio por encontrar justificados dentro del proceso los hechos u omisiones que las constituyen". (Derecho Procesal Administrativo, 3a. ed., págs. 81 y 82).

De lo transcrito se deduce que, en el caso bajo estudio, se omitió el requisito de la capacidad jurídica y procesal por parte del actor.

Ha dicho esta Corporación que "si equivocadamente se ha admitido una demanda, la oportunidad para enmendar el error está indudablemente en la sentencia cuando, al entrar a estudiar el problema debatido, debe hacerse primero y en forma oficiosa un análisis de los presupuestos procesales. Ese análisis como es obvio, debe hacerse al estudiar la admisión de la demanda; pero si ésta se admitió equivocadamente, es en el momento del fallo en donde se presenta la oportunidad procesal para declarar la falta de cualquiera de dichos presupuestos" (Anales 1968. T. 75, pág. 153).

Teniendo siempre presente que la acción incoada fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, es incuestionable que se presente una ineptitud sustantiva de la demanda, por la carencia de los presupuestos procesales, excepción que se opone a que las pretensiones del actor prosperen.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, 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 PROBADA en el presente caso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, SE REVOCA la sentencia consultada pronunciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el 20 de agosto de 1993.

acusada además de determinar la no concesión ni renovación de permisos para el funcionamiento de juegos y/o similares, hubiera señalado taxativamente los establecimientos que debían sufrir las secuelas de la medida. No fue así y es por eso que la susodicha resolución podría ser sujeta a una acción de nulidad fundamentada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, mas no en la del artículo 85, acción esta que busca el restablecimiento de los derechos particulares, amparados por una norma jurídica y lesionados por un acto de la administración.

Sin embargo, tomando la acción como de nulidad y restablecimiento del derecho, debe hacerse también el cuestionamiento sobre cuál es el derecho amparado en una norma jurídica cuyo restablecimiento pretende el actor.

A este propósito, manifiesta el accionante en la parte final del capítulo de los "hechos de la demanda" (folio 80), que el día 18 de marzo de 1992 "le fue ordenado el cierre inmediato de su establecimiento de comercio "COSMOJUEGOS", orden que fue atendida de inmediato por el Dr. JAIR GARCIA GARCES. Y, desde entonces, ese establecimiento permanece cerrado al público".

No dice sin embargo el actor cuándo había surgido a la vida legal, por medio de una autorización administrativa de apertura, el mencionado establecimiento "COSMOJUEGOS". No existe ningún documento emanado de una autoridad municipal, entre los que figuran en el expediente, que demuestre la autorización para el funcionamiento del mismo antes del cierre denunciado en la demanda. El único documento que acredita la existencia legal de dicho establecimiento, es el que aparece a folio 11 del cuaderno número 3 en el que la Secretaría de Hacienda Municipal de Sevilla y la Liquidadora de Impuestos del mismo municipio, hacen constar "Que el establecimiento comercial denominado "COSMOJUEGOS", viene funcionando desde el mes de marzo de 1993, a nombre del señor JAIR GARCIA GARCES" y que "con anterioridad a dicha fecha no ha existido licencia de funcionamiento para dicho negocio".

La constancia aludida, expedida el 20 de octubre de 1993, comprueba, a suficiencia, que el demandante no poseía ningún derecho que se pudiera reivindicar al momento de dictarse la resolución que acusa. La resolución está fechada en marzo de 1992 y el establecimiento denominado "COSMOJUEGOS" comenzó a funcionar legalmente un año más tarde, en el mes de marzo de 1993.

Así, en el caso de considerar la resolución acusada como objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el propietario del negocio que se dice afectado con la medida, carecía de la acción para invocarla, esto es, no poseía la capacidad jurídica y procesal para actuar como impugnante.

Quiere decir lo anterior, en términos del proceso contencioso administrativo, que al faltar el interés, el juicio careció de uno de los presupuestos procesales esenciales tanto a la acción como a la demanda misma.

En efecto, el profesor Carlos Betancur Jaramillo al clasificar los requisitos del proceso en presupuestos procesales de acción, presupuestos formales de la demanda y presupuestos procesales del procedimiento, manifiesta:

> "En este orden de ideas, puede decirse que al primer grupo, constituído por aquellos requisitos indispensables para que la acción de impugnación contra un acto administrativo de contenido particular, pueda instaurarse, pertenecen: a) Que el demandante tenga capacidad jurídica y procesal para actuar; b) Que la acción no se haya extinguido por caducidad; c) Que se haya agotado la vía gubernativa o que la administración no haya permitido ese agotamiento, y d) Que se haya operado el fenómeno del silencio frente a los recursos interpuestos.
>
> "Para que la sentencia sea favorable al actor, éste debe demostrar plenamente la existencia del derecho en calidad de exigible y la de los hechos jurídicos que le sirven de causa. A su turno, para el demandado la sentencia será favorable cuando alegue excepciones de fondo y las pruebe o cuando el juzgador las declare de oficio por encontrar justificados dentro del proceso los hechos u omisiones que las constituyen". (Derecho Procesal Administrativo, 3a. ed., págs. 81 y 82).

De lo transcrito se deduce que, en el caso bajo estudio, se omitió el requisito de la capacidad jurídica y procesal por parte del actor.

Ha dicho esta Corporación que "si equivocadamente se ha admitido una demanda, la oportunidad para enmendar el error está indudablemente en la sentencia cuando, al entrar a estudiar el problema debatido, debe hacerse primero y en forma oficiosa un análisis de los presupuestos procesales. Ese análisis como es obvio, debe hacerse al estudiar la admisión de la demanda; pero si ésta se admitió equivocadamente, es en el momento del fallo en donde se presenta la oportunidad procesal para declarar la falta de cualquiera de dichos presupuestos" (Anales 1968. T. 75, pág. 153).

Teniendo siempre presente que la acción incoada fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, es incuestionable que se presente una ineptitud sustantiva de la demanda, por la carencia de los presupuestos procesales, excepción que se opone a que las pretensiones del actor prosperen.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, 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 PROBADA en el presente caso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, SE REVOCA la sentencia consultada pronunciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el 20 de agosto de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTA PROVIDENCIA, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en reunión celebrada el día 27 de enero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez* -ausente-.

VEEDOR DEL TESORO-Facultades/**PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

Advierte la Sala que en el artículo lo. de la resolución demandada, el Veedor del Tesoro ordena al representante del Fondo Nacional de Calamidades, abstenerse provisionalmente de usar los recursos provenientes del Gobierno del Japón, con destino a los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas porque, según se deduce de los considerandos y del articulo 2o. de la resolución, considera que están orientados a las campañas electorales. A tal consideración llega el funcionario sin que aparezcan en la motivación del acto, elementos de juicio o indicios que justifiquen o hagan viable la presunción. La circunstancia anterior contradice abiertamente lo dispuesto en el artículo 83 de la C. N., según el cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la resolución No. 000230 del 13 de septiembre de 1993 expedida por la Veeduría del Tesoro.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de enero (31) de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2763. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

El ciudadano de la referencia, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ha solicitado ante esta Corporación la

declaratoria de nulidad de la resolución No. 000230 del 13 de septiembre de 1993, expedida por la Veeduría del Tesoro, "Por la cual se garantiza el manejo transparente de los recursos provenientes del Gobierno del Japón, con destino a los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas, impidiendo provisionalmente su uso".

La demanda está ajustada a los requerimientos de ley y por tanto será admitida. Se decidirá igualmente en el presente auto sobre la suspensión provisional del acto que se acusa, solicitada por el actor.

SUSPENSION PROVISIONAL

Para solicitar la suspensión provisional de la resolución acusada, se alega la manifiesta violación de los artículos 4o., ordinal 3o. y 11 del Decreto 2093 de 1991, en cuanto excedió las competencias que en ella se señalaron al Veedor del Tesoro y del artículo 83 de la Constitución Nacional.

La violación del ordinal 3o. del artículo 4o. del Decreto 2093 de 1991, radica para el peticionario, en que en éste sólo se autoriza al Veedor la inspección y vigilancia de los recursos provenientes del exterior para la Nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Capital o cualquier ente territorial que establezca la ley, a fin de que tales recursos no sean utilizados en campañas electorales, mientras que la donación japonesa, según lo reconoce la misma resolución 000230, los destinatarios son los danmificados por el invierno en el departamento del Amazonas, grupo de personas que no constituye entidad alguna, ni tiene vínculos de ninguna clase con entidades territoriales, lo que conlleva, en el acto demandado, a una abierta extralimitación de la competencia atribuída al Veedor.

Dice también el accionante, que se presenta "violación flagrante del artículo 11 del Decreto 2059 (sic) de 1991, pues mientras éste faculta al VEEDOR DEL TESORO para suspender mediante resolución motivada la ejecución de partidas presupuestales destinadas a financiar asociaciones, corporaciones o fundaciones, cuando éstas tengan por objeto financiar campañas políticas o influir resultados electorales, con la resolución 000230 de 1993, como en ella misma se expresa, se impide el uso de los recursos provenientes del Gobierno del Japón destinados a los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas, destinatarios que no pueden ser calificados o asimilados individual o colectivamente considerados como alguno de estos tipos de entes. De lo que resulta que el VEEDOR desbordó sus atribuciones".

El actor hace consistir la violación de la Constitución, en cuanto la resolución demandada atropella el principio de la presunción de la buena fe en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas, pues mientras en el considerando g) declara que la voluntad del Gobierno Japonés no se ha cumplido, en forma incongruente y arbitraria, presume posibles desviaciones a fines electorales cuando, en el artículo segundo, anuncia que dejará sin efecto la suspensión ordenada cuando se verifique que dichos recursos no están orientados hacia fines electorales.

LA SALA CONSIDERA

El solicitante de la suspensión provisional de la resolución 000230 del 13 de septiembre de 1993, expedida por el Veedor del Tesoro, sustenta su petición en la violación de algunos artículos del Decreto 2093 de 1991 (al que también se refiere confusamente la demanda con los números 2091, 2092 y 2059), en los que hace referencia a los recursos provenientes del exterior para la Nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Capital o los entes territoriales, establecidos por la ley y a las partidas presupuestales destinadas a financiar asociaciones, corporaciones o fundaciones, cuando éstas tengan por objeto financiar campañas políticas o influir sobre los resultados electorales, no pudiéndose asimilar "los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas" a ninguna de estas especificaciones.

En el caso planteado, advierte la Sala que en el artículo lo. de la resolución demandada, el Veedor del Tesoro ordena al representante legal del Fondo Nacional de Calamidades abstenerse provisionalmente de usar los recursos provenientes del Gobierno del Japón, con destino a los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas porque, según se deduce de los considerandos y del artículo 2o. de la resolución, considera que están orientados a las campañas electorales. A tal consideración llega el funcionario sin que aparezcan en la motivación del acto, elementos de juicio o indicios que justifiquen o hagan viable la presunción. La circunstancia anterior contradice abiertamente lo dispuesto en el articulo 83 de la Constitución Nacional, según el cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe.

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

lo. ADMITIR la demanda de nulidad interpuesta por el doctor Luis Carlos Sáchica Aponte, contra la resolución No. 000230 del 13 de septiembre de 1993, expedida por la Veeduría del Tesoro. En consecuencia, se dispone:

a) Notificar al señor Veedor del Tesoro Público, en la forma prevista por el artículo 150 del C. C. A., haciéndole entrega de la demanda y sus anexos.

b) Notificar personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) El 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.

d) Fijar el negocio en lista por el término legal de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a la Veeduría del Tesoro el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos de la resolución acusada.

2o. DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de la resolución acusada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 27 de enero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez* -ausente-.

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA/NOTIFICACION PERSONAL/ NOTIFICACION POR ESTADO

Es un hecho cierto que en tratándose del auto admisorio de la demanda, tanto en materia contenciosa administrativa como en materia procesal civil, la notificación es mixta, es decir, se notifica por estado el demandante y personalmente a la parte demandada. La notificación por estado al demandante tiene su razón de ser, toda vez que esta parte está enterada de la existencia del proceso. No así la parte demandada. Significa lo anterior, que fijado el estado se entiende surtida la notificación al demandante y éste tiene el término de tres días, conforme al inciso 2o. del artículo 348 del C. de P. C., para, si a bien lo tiene, interponer el recurso de reposición . Para el caso de la interpretación de dicho recurso no hay que acudir al cómputo de términos que prevé el artículo 120 del C. de P.C., pues la providencia que admite la demanda NO ESTA CONCEDIENDO NINGUN TERMINO AL DEMANDANTE, como para que pueda afirmarse, como lo hace el recurrente, que se requiere la notificación previa de todas las partes para entrar a contabilizar el término para impugnarla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2589. Acción: Nulidad. Actor: Domingo Banda Torregroza.

Se decide el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el actor contra el auto de 3 de diciembre de 1993, por el cual se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición impetrado contra el proveído de 20 de septiembre del mismo año, en cuanto denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

1-. FUNDAMIENTOS DEL RECURSO

Considera el recurrente que la Sala incurrió en indebida interpretación del inciso 2o. del artículo 348 del C. de P. C. y falta de aplicación de los artículos 120, inciso 1o., 313, 331 y 334, *ibídem.*

En síntesis, aduce lo siguiente:

1 -. Por tratarse de una notificación mixta, el recurso de reposición interpuesto el día 11 de octubre de 1993, bajo cualquier punto de vista es oportuno y viable. En efecto, las dos últimas notificaciones del auto admisorio de la demanda se efectuaron el 17 de noviembre de 1993. Además, toda providencia judicial tiene una sola fecha de ejecutoria, que le otorga firmeza (artículo 313 y 331 del C. de P. C.).

2-. Sobre el tema del cómputo del término para recurrir, cuando es común a varias partes, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en providencia de 3 de octubre de 1991, expediente No. 0571, Consejero Ponente, doctora Miren de la Lombana de Magyaroff, expresó, entre otros aspectos, que como en el Decreto 01 de 1984 no hay norma expresa que establezca cómo deben computarse los términos, como tampoco hay norma que indique cuándo debe entenderse surtida la notificación, tal vacío no puede conducir a una interpretación que por exegética se convierta en antiprocesal, por lo cual es procedente entonces aplicar las disposiciones del C. de P. C., siempre que no se opongan al procedimiento contencioso administrativo.

Del contenido del artículo 120 del C. de P. C., se deduce que antes de empezar a contarse el término para interponer el recurso de apelación, debe hacerse la notificación a todas las partes que intervienen en el proceso.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es un hecho cierto que en tratándose del auto admisorio de la demanda, tanto en materia contenciosa administrativa como en materia procesal civil, la notificación es mixta, es decir, se notifica por estado al demandante y personalmente a la parte demandada.

La notificación por estado al demandante, tiene su razón de ser, toda vez que esta parte está enterada de la existencia del proceso. No así la parte demandada.

Significa lo anterior, que fijado el estado se entiende surtida la notificación al demandante y éste tiene el término de tres días, conforme al inciso 2o. del artículo 348 del C. de P. C., para, si a bien lo tiene, interponer el recurso de reposición.

Para el caso de la interposición de dicho recurso no hay que acudir al cómputo de términos que prevé el articulo 120 del C. de P. C., pues la providencia que admite la demanda NO ESTA CONCEDIENDO NINGUN TERMINO AL DEMANDANTE, como para que pueda afirmarse, como lo hace el recurrente, que se requiere la notificación previa de todas las partes para entrar a contabilizar el término para impugnarla.

En el evento *sub-exámine,* habiéndose notificado el actor por estado el 22 de septiembre de 1993 (folio 25) del auto que denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, para la fecha en que interpuso el recurso de reposición (11 de octubre de 1993), ya había precluído el término de tres días a que alude el artículo 348 inciso 2o. del C. de P. C., por lo cual resulta extemporáneo, y, en consecuencia, habrá de confirmarse el proveído recurrido.

Cabe señalar además que el término que tiene cada parte para interponer los recursos es independiente y diferente al de ejecutoria de la providencia.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 3 de diciembre de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez* -ausente-, *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ESTABLECIMIENTO DE EMPEÑO/LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO/CONTRATO DE PRENDA/PRENDA/ACREEDOR PRENDARIO

La Sala considera que para deducir la transgresión manifiesta de los artículos 2422 del C.C. y 1203 del C. de Co. por parte de los actos demandados, en cuanto en ellos se consagra como causal para revocar la licencia de funcionamiento de los establecimientos de empeño la de enajenar la prenda antes del plazo de que dispone el deudor prendario para recuperarla y se prohíbe al acreedor prendario enajenar el bien dado en prenda, antes del plazo que allí se determina, no se requiere de un estudio detenido de todas las disposiciones del Código de Policía de Antioquia, pues de la simple confrontación de sus textos, con las citadas normas legales se evidencia que en aquellos se consagra la facultad del acreedor hipotecario para enajenar o vender el objeto prendado, vale decir, a disponer de él, lo cual clara y expresamente prohíben dichas normas, en virtud de que el contrato de prenda, como accesorio que es de un contrato principal a que accede, el acreedor es un simple tenedor de la cosa prendaria y como tal no tiene la facultad de disponer de ella o de apropiársela por medios distintos de los previstos en la ley. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos jurídicos de las expresiones "Enajenar o" y "Enajenarlo o", contenidas en el ordinal sexto del artículo 190 y en el artículo 192 del Código de Policía de Antioquia (Decreto 2929 de 1989) respectivamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2741. Actor: José Germán Ramírez Cano y otros.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, el 6 de agosto de 1993, en cuanto en el ordinal 4o. de su parte resolutiva, denegó la solicitud de suspensión provisional de los actos cuya declaratoria de nulidad se solicita en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A.

I.- LOS ACTOS DEMANDADOS

Ellos son los artículos 190, ordinal 6o. y 192 del Código de Policía de Antioquia, Código este que, según se narra en los hechos de la demanda, fue adoptado mediante el Decreto 2939 de 21 de julio de 1989, los cuales se transcriben a continuación:

> "Art. 190.- Además de las causales previstas en el artículo 157, procede la revocación de la licencia de funcionamiento, por:
> "....
> "....
> "....
>
> "6o. Enajenar o rematar la prenda, antes del vencimiento del plazo de que dispone el deudor prendario para recuperarla.
> "....
> "....".
>
> "Art. 192.- En los establecimientos de empeño, el plazo para el cliente recuperar el objeto dado en prenda, será de seis (6) meses, sin que el acreedor prendario pueda enajenarlo o rematarlo antes de su vencimiento. No obstante, el deudor podrá reclamarlo antes, previa cancelación de lo debido".

II.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite especial de la demanda, la parte actora solicita se decrete la suspensión provisional de la expresión "Enajenar", contenida en el ordinal 6o. del artículo 190 y de la siguiente frase y expresión contenidas en el artículo 192, atrás transcritos: "En los establecimientos de empeño, el plazo para el cliente recuperar el objeto dado en prenda, será de seis (6) meses... ( ) ... enajenarlo...". Los fundamentos de dicha solicitud son, en resumen los siguientes (fis. 3 a 6 cdno. ppal.).

Si el artículo 300-8 de la Constitución faculta a las Asambleas para dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal, ello implica que los actos acusados, que forman parte del capítulo séptimo del Código de Policía de Antioquia, denominado "Establecimientos de Empeño", incurren en violación de los

artículos 2422 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio, al autorizar que el acreedor prendario enajene el bien que ha recibido en calidad de prenda, pues la única facultad de éste es recurrir a la vía judicial para que el bien sea rematado en pública subasta o en su defecto que se le adjudique en pago de su crédito, previa tasación del precio por peritos. Además, los actos acusados varían la posición jurídica del acreedor prendario, pues lo convierten en titular del derecho real de dominio. Sobre este aspecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de noviembre de 1943 (transcrita parcialmente por los solicitantes de la medida).

Como quiera que el artículo 777 del Código Civil consagra que el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión, no pueden los actos acusados convertir al acreedor prendario en titular del derecho real de dominio, al facultar al acreedor prendario a enajenar el bien.

El desplazamiento de la titularidad, que hacen los actos acusados "... es injustificado e ilegal por desbordar los preceptos del derecho civil en cuanto a la transferencia del dominio, consagrada en artículo 669 del Código Civil y transgrede la parte inicial del artículo 58 de la Constitución Nacional, que garantiza la propiedad privada".

De otra parte, al establecer el artículo 192 acusado un plazo para que el deudor recupere el bien dado en garantía, penetró en otra esfera que no es de su resorte, pues el término de duración de un contrato es el que señale la ley para el efecto, y "... si los Códigos Civil y de Comercio nada estipularon al respecto, es porque dan plena libertad para que entre en juego la autonomía de la voluntad contractual, y así las partes, de mutuo acuerdo, pacten libremente un plazo que puede ser superior o inferior a seis (6) meses para que el deudor pague la deuda y recupere el bien entregado".

Por último "no se desprende del artículo 300 y 305 de la Constitución Nacional que la Asamblea o el gobernador puedan regular un asunto para el cual no son competentes, aunque se sostenga que el Código de Policía de Antioquia se somete al Código Nacional de Policía, no puede tampoco esta normatividad modificar o limitar la libertad contractual que consagran los Códigos Civil y de Comercio...".

III.- LA DECISION IMPUGNADA

El Tribunal *a-quo* denegó la medida precautelativa impetrada con base en los argumentos que se transcriben a continuación (fls. 10 a 13 cdno. ppal.):

> "... Y aunque pareciere que de inmediato aflorara el quebrantamiento del artículo 2422 del C.Civil y del 1203 del C. del (sic) Comercio en cuanto a la enajenación de la prenda y del plazo para que el cliente pueda recuperar el objeto dado en prenda, lo cierto es que lo que se le plantea a la jurisdicción exigirá no solamente conocer en toda su extensión el C. de Policía de Antioquia no traído al expediente, apenas en lo pertinente a la revocación de licencias de funcionamiento sino que obligará además a profundizar sobre el mecanismo propio al manejo de las

prenderías, esto es, si se hace exclusivamente bajo el regulamiento del contrato de prenda que desarrolla el C. Civil a partir del artículo 2409 o si por el contrario es el desenvolvimiento de un pacto de venta con retroventa (sic) artículo 1939 y siguientes del mismo código (sic) que impulsará así a no confrontarse simplemente lo dispuesto por el C. Departamental de Policía con el artículo 2422 ya señalado, sino con todo un ámbito contractual y las posibilidades que sobre el mismo se pueden auspiciar y que servirán luego para hallar que en este momento procesal, una confrontación de normas no podrá detectar una manifiesta superación a la ley, suficiente para que no prospere la suspensión provisional propuesta (sic)".

IV.- LA SUSTENTACION DEL RECURSO

En la sustentación del recurso interpuesto se formulan, en síntesis, los siguientes reparos a la providencia apelada (fis. 10 a 13) cdno. ppal.):

Los actos acusados violan en forma manifiesta los artículos 2422 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio y no se requiere profundizar sobre las materias de que se da cuenta en la decisión recurrida. En efecto, de la simple lectura de dichos actos se colige claramente que ellos hacen referencia a un contrato de prenda, pues allí se habla de "Enajenar o rematar LA PRENDA, ...el DEUDOR PRENDARIO..." y "En los establecimientos de EMPEÑO, el objeto dado en PRENDA..., sin que el ACREEDOR PRENDARIO..." (mayúsculas del recurrente), "... términos estos que son típicos y exclusivos del contrato de prenda, por lo tanto no es oportuno mirar todos aquellos usos y costumbres de estos establecimientos de comercio, los cuales no necesariamente deben estar acordes con la legislación existente al respecto, aunque sería ideal que se observe la regulación existente". De otra parte, tampoco es indispensable mirar todo el Código de Policía de Antioquia, para decretar la suspensión provisional solicitada, pues el artículo 152 del C. C. A., sólo exige que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Con la decisión impugnada "... se desconocen o inobservan las normas supuestamente violadas con las presuntamente violatorias, ya que los artículos 190, nums. 2, 3, 6 y parágrafo, 191, 192, 193 y otras normas del Código de Policía (sí llevados al expediente) como arriba se dijo, no dejan duda que reguló el contrato de prenda en los establecimientos de empeño y no permite aplazar o evadir una decisión debidamente sustentada, pues de aceptarse que el código en comento al regular el funcionamiento de los "establecimientos de empeño, crea una confusión sobre si el contrato es de venta con pacto de retroventa o contrato de prenda... (...)... sería un inadmisible error de derecho, mas cuando son contratos típicos existentes en nuestra legislación". Con el recurso interpuesto se adjuntó una recopilación de normas, entre las cuales se encuentra el Código de Policía de Antioquia, editada por el abogado Luis César Pereira Monsalve.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que el estudio que corresponde hacer al juzgador con miras a resolver la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, debe limitarse a realizar una simple confrontación de ellos con las normas que se estiman como violadas de manera diáfana y ostensible, y que la vocación de prosperidad de tal medida, está supeditada a que la violación se presente en la forma establecida por el artículo 152 del C. C. A., es decir, manifiesta, *prima faciae*, que se pueda percibir mediante la simple confrontación directa de las normas con los actos enjuiciados o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Hecha la anterior precisión, y aplicada al caso bajo estudio, para la Sala no cabe la menor duda de que si bien la solicitud formulada por la parte actora no estaba llamada a prosperar ante el Tribunal *a-quo* en su integridad, sí resultaba procedente en cuanto a las expresiones "enajenar" y "enajenarlo", contenidas en los actos acusados.

En efecto, la providencia impugnada se fundamenta en que para concluir sobre la violación de los artículos 2422 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio, invocados por el solicitante de la medida precautelativa, se requeriría lo siguiente:

1o.- "... conocer en toda su extensión el Código de Policía de Antioquia no traído al expediente, apenas en lo pertinente a la revocación de licencias de funcionamiento..." de los establecimientos de empeño.

2o.- "... profundizar sobre el mecanismo propio de las prenderías, esto es si se hace exclusivarnente bajo el regulamiento del contrato de prenda que desarrolla el C. Civil a partir del artículo 2409 o por el contrario es el desenvolvimiento de un pacto de venta con retroventa artículo 1939 y siguientes del mismo código...", lo cual conlleva a que deban confrontarse los actos acusados, no sólo con dichas normas superiores, "... sino con todo un ámbito contractual y las posibilidades que sobre el mismo se puedan auspiciar...".

En relación con el primer argumento del Tribunal, la Sala considera que para deducir la transgresión manifiesta de los artículos 2422 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio por parte de los actos demandados, en cuanto en ellos se consagra como causal para revocar la licencia de funcionamiento de los establecimientos de empeño la de **enajenar la prenda** antes del plazo de que dispone el deudor prendario para recuperarla (art. 190- 6) y se prohíbe al acreedor prendario **enajenar el bien dado en prenda** antes del plazo que allí se determina (art. 192), no se requiere de un estudio detenido de todas las disposiciones del Código de Policía de Antioquia, pues de la simple confrontación de sus textos, acompañados por el actor en copia auténtica (fl. 1, cdno. ppal.), con las citadas normas legales se evidencia que en aquellos se consagra la facultad del acreedor hipotecario para enajenar o vender el objeto prendado, vale decir, a disponer de él, lo cual clara y expresamente prohiben dichas normas, en virtud

de que el contrato de prenda, como accesorio que es de un contrato principal a que accede, el acreedor es un simple tenedor de la cosa prendaria y como tal no tiene la facultad de disponer de ella o de apropiársela por medios distintos de los previstos en la ley, la cual dispone al respecto que "El acreedor prendario tendrá derecho a pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producto se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios..." (art. 2422, Código Civil).

Sobre el segundo argumento del Tribunal, la Sala adicionalmente a lo expresado, considera que si bien en la sentencia podrían analizarse aquellos aspectos y puntos de derecho en él mencionados, la necesidad de su estudio resulta innecesaria en este momento procesal, ante la evidente transgresión por parte del acto acusado de los artículos 2422 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos expuestos por el actor para fundamentar la solicitud de suspensión provisional de la frase "En los establecimientos de empeño, el plazo para el cliente, recuperar el objeto dado en prenda, será de seis (6) meses", contenida en el artículo 192 acusado, en razón de que el plazo allí establecido "... modifica o limita la libertad contractual que consagran los Códigos Civil y de Comercio, la Sala considera que para concluir si el citado acto incurre o no en violación de las disposiciones superiores que allí se invocan, habría necesidad de proceder a un estudio de fondo, propio de la sentencia y no de este momento procesal, que permita dilucidar si la medida allí adoptada atenta contra el principio de libertad contractual o, por el contrario, si ella podía adaptarse por las autoridades locales en ejercicio del poder de policía de que se encuentran investidas.

Finalmente, la Sala considera que para efecto de hacer coherentes los textos de los actos acusados sobre los cuales no recaerá la decisión que habrá de adaptarse en esta providencia, se decretará, igualmente, la suspensión provisional de la conjunción disyuntiva "o", que sigue a las expresiones "enajena" y "enajenarlo", contenidas en dichos actos.

En consecuencia, en la parte resolutiva de esta providencia se revocará el auto apelado en cuanto denegó la solicitud de suspender provisionalmente los efectos jurídicos de las expresiones "enajenar o" y "enajenarlo o", contenidas en el ordinal sexto del artículo 190 y en el articulo 192 del Código de Policía de Antioquia, respectivamente, se decretará tal medida y se confirmará la decisión de denegar la solicitud de suspensión provisional de la frase "En los establecimientos de empeño, el plazo para el cliente recuperar el objeto dado en prenda, será de seis (6) meses".

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

RESUELVE:

1o.- REVOCASE el auto de 6 de agosto de 1993, dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las expresiones "enajena" y "enajenarlo", contenidas en el ordinal sexto del artículo 190 y en el artículo 192 del Código de Policía de Antioquia (Decreto 2939 de 1989), respectivamente, y, en su lugar,

DECRETASE la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las expresiones "enajenar o" y "enajenarlo o", contenidas en el ordinal sexto del artículo 190 y en el artículo 192 del Código de Policía de Antioquia (Decreto 2939 de 1989), resprectivamente.

2o.- CONFIRMASE el auto apelado, en cuanto denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la frase "En los establecimientos de empeño, el plazo para el cliente recuperar el objeto dado en prenda. será de seis (6) meses", contenida en el artículo 192 del Código de Policía de Antioquia (Decreto 2939 de 1989).

3o.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

*Yesid Rojas Serrano,*Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez* -ausente-*; Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL/ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Supresión/**SUPRESION DE EMPLEOS/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**-Temporalidad

Las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar, llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y 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 se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones. El plazo que consagran las normas aquí impugnadas, es independiente y por consiguiente no constituye una ampliación del término de los 18 meses previsto en la norma constitucional, sino que obedece a la necesidad de ejecutar la medida de supresión de los establecimientos públicos de que da cuenta el decreto, tomada por el Gobierno dentro del plazo establecido en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional. La Sala ha considerado que 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 el presente caso, un establecimiento público del orden nacional, estaba facultado para disponer lo concerniente al proceso liquidatorio, dentro del cual deben fijarse las pautas necesarias sobre el futuro y destinación de los bienes que conformaban la entidad. Si de conformidad con las normas citadas, la Zona Franca puede ser operada

por una persona que puede ser pública, privada o mixta, ha de entenderse que cuando el Decreto 2111 de 1992 se refiere a los establecimientos públicos operadores de la Zona, lo hace para suprimir las personas existentes legalmente como usuarios operadores de ellas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2460. Decretos del Gobierno. Actor: Marcel Silva Romero.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro de la acción de nulidad propuesta por el actor de la referencia contra el Decreto No. 2111 de 29 de diciembre de 1992, "Por el cual se suprimen los establecirmientos públicos operadores de las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá". Este decreto fue expedido por el señor Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS

Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda se señalan como normas violadas, por parte del decreto acusado, las contenidas en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 5, 25, 53, 93, 94, 121, 125, 150-7, 153, 189-14, 334, 339, 345, 355 y transitorio 20 de la Constitución Nacional.

En la parte inicial del concepto de la violación, la parte demandante expresa algunas apreciaciones de la manera como debe interpretarse la Constitución Nacional en aplicación de los principios de Unidad de la Carta, concordancia práctica y del criterio de la eficacia integradora. Afirma luego que la concepción constitucional de los autores de los decretos de modernización del Estado, es adversa a los cánones de interpretación de la Constitución, desconocen la naturaleza social del Estado, los derechos fundamentales de las personas y el principio integrador de la unidad política.

En la continuación de su discurso, el demandante formula contra el decreto acusado los cargos que la Sala se permite extractar y sintetizar, en los siguientes términos:

Violación al derecho del trabajo. El cargo se hace consistir en que "Al suprimirse las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Cartagena, SantaMarta, Buenaventura, Cúcuta, Palmaseca y Rionegro no ... con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente Constitución y, en especial, con la

redistribución, competencias y recursos que ella establece" sino para suprimir miles de empleos, nos encontramos ante un desbordamiento de las facultades constitucionales y la violación del más básico y elemental derecho como es el del trabajo, alejándose el Estado presidido por César Gaviria, de un Estado Social de Derecho. Estamos ante la violación nítida del preámbulo, artículos 1, 25, 55 y 125 de la Constitución. La nulidad de la totalidad del Decreto 2111 de 29 de diciembre de 1992 y en especial de los artículos 5 y 8 a 24 del mismo estatuto, recuperaría la unidad constitucional".

Violación al artículo 93 de la Constitución Nacional. El derecho al trabajo, entendido como la garantía efectiva, no simplemente como una declaración de buena voluntad, está expresamente establecida en los tratados internacionales. El desconocimiento de dicha garantía, en forma directa por los artículos 25, 53 y 125, implica a su vez la violación de los tratados internacionales sobre la materia, produciéndose en consecuencia la violación del artículo 93 de la C. N.

Autohabilitación de competencia. El Gobierno Nacional no podía autohabilitarse por un término mayor al de 18 meses para proceder a la realización de la declaratoria de supresión de las Zonas Francas Industriales y Comerciales, como lo hizo con el inciso 3o. del artículo 1o. del Decreto 2111 de 1992, cuando determinó que "La liquidación se realizará conforme al procedimiento que establezca el Gobierno Nacional". No queda duda sobre la acusación de que el Gobierno pretende autohabilitarse competencias y conferir facultades intransferibles a un liquidador y a una junta liquidadora, prolongando el proceso de supresión hasta el 30 de junio de 1994, con abuso del artículo transitorio 20 en contenido y temporalidad.

Competencia privativa del Congreso. La supresión de un establecimiento público jamás implica, automáticamente la eliminación de todos los servidores, pues perfectamente se pueden establecer traslados, reubicaciones, derechos de preferencia, indemnizaciones opcionales, etc. La Constitución de 1991, a través de su artículo transitorio 20, no autorizó al Gobierno para suprimir cientos de miles de empleos directos.

La Constitución de 1991 distingue el fenómeno de la supresión de establecimientos públicos que regula el ordinal 7 del artículo 150, de la supresión de empleos, por ejemplo la que contempla el numeral 14 del artículo 184.

La Carta Política, en su artículo 125 faculta al legislador ordinario para precisar las causales de retiro de los empleados públicos entre las que podrían estar la supresión de empleos por supresión de los establecimientos públicos. Pero no podía el Gobierno con base en el artículo transitorio 20, crear esa causal de desvinculación porque en parte alguna esa disposición le concedió esa facultad.

Con los artículos 5 y 8 a 24 del Decreto 2111 de 1992, el Gobierno Nacional trató de derogarse temporalmente las funciones que le otorga el artículo 189-14 de la Constitución, en relación con las Zonas Francas.

Supresión de establecimientos públicos inexistentes. El artículo lo. del Decreto 2111 de 1992, deviene en inconstitucional porque está suprimiendo establecimientos públicos inexistentes, al hacerlos con aquellos que "... operan las Zonas Francas Industriales y Comerciales...", pues no existen Zonas Francas independientes de los establecimientos públicos y los creados por las normas citadas (Ley 105 de 1958, Decreto 2077 de 1973, 1144 de 1974, 1095 de 1970, 584 de 1972 y Ley 16 de 1986), no son "operadores" de las Zonas Francas, sino que ellos son las Zonas Francas Industriales y Comerciales. Las leyes y decretos mencionados jamás crearon establecimientos públicos "operadores" de las Zonas Francas, sino establecimientos públicos que son Zonas Francas.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas por el señor apoderado del Ministerio de Comercio Exterior, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión. En síntesis son las siguientes:

De conformidad con los artículos 2o. y 9o. del Decreto 2131 de 1991 y 2o. del Decreto 762 de 1992, una Zona Franca es un área geogáfica cuyo usuario operador, es una persona jurídica que puede ser pública, privada o mixta. "Cuando el Decreto 2111 de 1992 suprime los establecimientos públicos operadores de las Zonas Francas suprime a las personas públicas operadoras, mas no así, obviamente, a las áreas geográficas que conforman las Zonas Francas".

El plazo que fija el decreto acusado para la liquidación (a más tardar el 30 de junio de 1994), no está excediendo la autorización del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional. El término que aquí se determina no incluye la liquidación que es un acto material de ejecución, subsumido en la disposición constitucional de supresión.

La supresión de cargos es actividad implícita en una reestructuración y en la supresión de una entidad pública, la cual, a su vez conlleva la liquidación con la necesaria desvinculación de personal.

El actor confunde el derecho al trabajo con el derecho al empleo. Terminada la relación laboral, el empleado o trabajador queda sin empleo, pues ello no significa que se haya conculcado su derecho al trabajo.

Si bien es cierto que en normas constitucionales y supranacionales se consagra el derecho al trabajo, en el numeral 14 del artículo 189 de la C. N., se faculta al Presidente de la República para suprimir empleos que demande de la administración.

Predicar el establecimiento del Estado Social de Derecho, es apenas enunciar una teoría, una finalidad, un ideal político, una aspiración de servir a la comunidad, logrando su prosperidad. Cosa diferente es su realización, para la cual se requiere contar con el concurso del Gobierno.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada como en otras ocasiones, en la presente considera que el Gobierno, en virtud de las atribuciones otorgadas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional estaba facultado para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta del orden nacional y con la supresión de las entidades se impone la asunción de medidas conducentes a su liquidación, lo mismo que la supresión de empleos, tarea de índole administrativa que corresponde al Presidente de la República, según los ordinales 14, 15 y 16 del artículo 189 de la Carta, y en el caso de los establecimientos públicos a la junta directiva de tales organismos al tenor de lo dispuesto en los artículos 26, literal b) del Decreto 1050 de 1968, 24 del Decreto 3130 del mismo año y 74 del Decreto 1042 de 1978.

Aduce así mismo la Procuraduría que las Zonas Francas llámense como se llamen, fueron creadas como establecimientos públicos en virtud de la Ley 105 de 1959 y los Decretos 2700 de 1973, 1144 de 1974, 1095 de 1970, 584 de 1972 y la Ley 16 de 1986, y el decreto traído a juicio se ocupa, inequívocamente, de la supresión de esos establecimientos públicos.

Consecuente con lo expuesto, la señora Procuradora Delegada estima que las pretensiones de la demanda, no están llamadas a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Acusa, en primer término la demanda la totalidad del Decreto 2111 de 1992 y en especial los artículos 5o. y 8o. a 24, de violar el preámbulo y las normas contenidas en los artículos 1, 25, 55 y 125 de la Constitución Nacional. Por lo que expresa el concepto de la violación, el actor considera violado el derecho al trabajo, porque el Gobierno al suprimir las Zonas Francas Industriales y Comerciales, suprimió miles de empleos desbordando las facultades constitucionales y alejándose del Estado Social de Derecho.

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 lo. 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, ha entendido que las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y 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 se 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 CorteConstitucional 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 disecado 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 aquel 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" (Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes, Dres. José Gregorio Hernández G. y Alejandro Martínez C.).

Así mismo la Sala, en providencia de 11 de noviembre de 1993, expediente No. 2400, Ponente Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, al referirse al mismo aspecto que toca en este proceso, manifestó:

> "... cuando de 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 a 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".

De la violación del derecho al trabajo deriva el actor el desconocimiento del artículo 93 de la Constitución Nacional según el cual "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".

En este sentido y en concordancia con los párrafos anteriores, observa la Sala que como ya se expresó, el Decreto 2111 no desconoce el derecho al trabajo. Tampoco lo pertinente a los derechos humanos amparados en la Carta Fundamental de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al formular el cargo anterior, el accionante se limita a transcribir los artículos 23 de la Carta Internacional de Derechos Humanos y el 6o. de la Ley 74 de 1968. Aunque no expresa concepto de violación alguno, la Sala en su entendIdo de que el actor alude a la supresión de empleos como hecho violatorio del derecho al trabajo, hace notar que el Gobierno Nacional al estar facultado en este caso para suprimir la entidad, lo estaba lógica y consecuencialmente para suprimir los cargos. En las condiciones anteriores, no puede darse la violación del derecho al trabajo ni de los derechos humanos contenidos en los tratados que la demanda cita, si de otro lado se tiene en cuenta que el acto enjuiciado establece las correspondientes indemnizaciones para quienes se les suprima el cargo, como consecuencia de la supresión de los establecimientos públicos operadores de las Zonas Francas en desarrollo del artículo transitorio 20 de la Carta Política.

Otro de los cargos formulados contra el Decreto 2111 de 1992, consiste en la violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, porque según el demandante, el Gobierno se autohabilitó la competencia por un término mayor al de 18 meses "para proceder a la realización de la declaratoria de supresión de las Zonas Francas Industriales y Comerciales...".

De acuerdo con lo establecido en los incisos 2o. y 3o. del artículo lo. del Decreto acusado, a partir de su vigencia los establecimientos públicos operadores de las Zonas Francas Industriales y Comerciales allí citadas, entrarán en proceso de liquidación, el cual se realizará conforme al procedimiento que establezca el Gobierno Nacional y deberá concluir a más tardar el 30 de junio de 1994.

Al respecto la Sala, como en otras ocasiones observa que el plazo (a más tardar el 30 de junio de 1994) que consagran las normas aquí impugnadas, es independiente y por consiguiente no constituye una ampliación del término de los 18 meses previsto en la norma constitucional, sino que obedece a la necesidad de ejecutar la medida de supresión de los establecimientos públicos de que da cuenta el decreto, tomada por el Gobierno dentro del plazo establecido en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

Al respecto, la Sala ha considerado que 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 el presente caso, un establecimiento público del orden nacional, estaba facultado para disponer lo concerniente al proceso liquidatorio, dentro del cual deben fijarse las pautas necesarias sobre el futuro y destinación de los bienes que conformaban la entidad.

Como quiera que el decreto en estudio tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, podía el Gobiemo establecer un término para la supresión de los establecimientos públicos como lo hizo en las normas enjuiciadas, término que debe entenderse circunscrito a un fin específico, esto es, en este caso a los efectos de la supresión y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de la misma, resultan privadas de su cargo o empleo.

En otro de los cargos argumenta el actor que la Constitución de 1991, a través de su artículo transitorio 20, no autorizó al Gobierno para suprimir cientos de miles de empleos directos, ni para crear esa nueva causal de desvinculación, asunto este potestativo del legislador ordinario, según dictados del artículo 125 de la Carta Política.

El decreto acusado en sus artículos 6o. y 8o. a 24, trata de la reducción gradual de la planta de personal, de la desvinculación y de la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos y trabajadores oficiales como resultado de la supresión de los establecimientos públicos operadores de las Zonas Francas; de la supresión de empleos, lo mismo que de las indemnizaciones y bonificaciones para quienes resulten afectados.

La Sala sobre este aspecto reitera lo expresado en varios pronunciamientos, entre otros en sentencias de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, actor Juan Manuel Arrieta Herrera y otra, y de 11 de noviembre del mismo año, expediente No. 2451, actora María Consuelo Trujillo García, en las que se dijo:

> "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 o empleos, es decir, que cuando el artículo transitorio 20 le otorgó al Gobiemo 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.
> "....."
>
> "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 causales 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".

El último cargo que se endilga al decreto que se estudia, lo hace consistir el accionante en que mediante él se ordena la supresión de unos establecimientos públicos inexistentes que no han sido creados por ley.

Según el demandante no existen Zonas Francas independientes de los establecimientos públicos y los creados por la ley no son operadores de las Zonas Francas sino las mismas Zonas Francas Industriales y Comerciales.

Si bien el actor en este punto no cita norma expresa como violada en el escrito en que sustenta el cargo, da a entender que se refiere al artículo transitorio 20 de la Constitución mediante el cual se "autorizó al Gobierno Nacional para suprimir establecimientos públicos existentes, creados por ley, con autonomía y patrimonio propios".

En primer lugar, observa la Sala que el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional se refiere taxativamente a las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economixta del orden nacional. Las expresiones "existentes", "creados por la ley", "con autonomía y patrimonio propios", empleados por el actor, no hacen parte del tenor literal de la norma constitucional.

En segundo lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2o., 8o. y 9o. del Decreto 2131 de 1991, "Por el cual se dictan normas sobre la estructura y fimcionamiento de las Zonas Francas Industriales de bienes y servicios", la Zona Franca es "un área geográfica" delimitada del territorio nacional, con el objeto primordial de promover y desarrollar el proceso de industrialización de bienes y de prestación de servicios, destinados a mercados externos y de manera subsidiaria, al mercado nacional, que puede tener como usuario operador a una entidad pública o mejor a una persona jurídica constituída con el objeto de realizar actividades exclusivamente dentro del perímetro de la Zona Franca y desarrollar las actividades de promoción, dirección y administración de la zona".

Si de conformidad con las normas citadas, la Zona Franca puede ser operada por una persona que puede ser pública, privada o mixta, ha de entenderse que cuando el Decreto 2111 de 1992 se refiere a los establecimientos públicos operadores de la zona, lo hace para suprimir las personas jurídicas existentes legalmente como usuarios operadores de ellas.

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 por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público.

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

DEVUELVASE la parte actora el depósito constituído para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 3 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez* -ausente-, *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ADJUDICACION NO FORMAL/LICENCIA DE INICIACION DE LABORES/ DIRECCION GENERAL DE EDUCACION DE ADULTOS/SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION-Vigilancia

La Sala, al igual que el Ministerio Público y la parte demandada, no advierte en qué pueda consistir la infracción que afirma el actor, pues mientras las disposiciones que se estiman infringidas, se remiten a señalar como función de la Dirección General de Educación de Adultos, el fomentar los programas de educación no formal para jóvenes y adultos, las normas acusadas se dirigen sólo a señalar requisitos y trámites o procedimientos elementales y necesarios que el Estado puede y debe exigir con el propósito de obtener un normal y adecuado funcionamiento de los institutos que impartan educación no formal, en desarrollo y cumplimiento de su función de inspección y vigilancia de la educación que se consagraba en el articulo 41 de la anterior Constitución y hoy se establece en el artículo 67 de la nueva Carta Política. Cabría agregar que tales requisitos no son más que un mínimo de condiciones para garantizar que la educación no formal sea prestada por instituciones serias, idóneas y estables, y constituyen, a su vez, un estímulo a los usuarios para optar por su ingreso a una institución que tenga el reconocimiento y supervisión oficial, como bien lo plantea la colaboradora del Ministerio Público. Las disposiciones demandadas en este cargo son un claro reflejo del ejercicio de la función de inspección y vigilancia que le asiste al Estado, con el fin de velar por la calidad de la educación y el cumplimiento de sus fines, en procura de una mejor formación intelectual y moral de sus educandos y de garantizar su

eficiente gestión, por lo cual deviene descaminado pretender que se vulnera las citadas normas constitucionales, siendo que la actitud del Gobierno a través de los mencionados preceptos reglamentarios, no refleja cosa distinta al ejercicio de la atribución que se le asigna a través del articulo 67 de la Carta, desarrollando la preceptiva legal que dice reglamentar, pues la intervención del Estado en la educación se ejerce por intermedio del Congreso y del Presidente de la República en sus respectivas esferas legislativa y administrativa. En relación concretamente con el pretendido trato desigual a la educación no formal frente a la educación formal, para la Sala es evidente que la diferente regulación establecida para esas dos clases de educación, obedece a las características propias de cada una de ellas, sin que pueda afirmarse que ello implique un atentado a la dignidad o a la igualdad de las personas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2231. Actor: Jaime Rocha García.

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 Jaime Rocha García, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., contra la primera parte del artículo 47 y la totalidad de los artículos 49, 51, 53, 54, 55, 56, 60 y 66 del Decreto Reglamentario 525 de 6 de marzo de 1990, expedido por el Gobierno Nacional.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

Lo constituyen las citadas disposiciones del Decreto 525 de 1990, mediante el cual "se reglamentan los artículos 55, 57, 59 y 60 de la Ley 24 de 1988, parcialmente los artículos 12, 13 y 18 de la Ley 29 de 1989 y se dictan otras disposiciones", el cual obra a folios 7 a 13 del expediente.

b.- Los hechos de la demanda

Los expone el actor, así (fl. 14):

El 11 de febrero de 1988 se expidió la Ley 24, por la cual se reestructuró el Ministerio de Educación Nacional y se dictaron otras disposiciones en las cuales se reguló la educación no formal.

El 6 de marzo de 1990 se expidió el decreto 525, en cuyo capítulo VI, a partir del artículo 46, el Gobierno Nacional reguló lá administración de la educación no formal en los institutos públicos y privados.

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 en la demanda (fls. 14 a 22):

Primer cargo.- Los artículos 51, 53 y 54 acusados violan la Ley 24 de 1988 en su artículo 39, literales d) y e) que consagran como función de la Dirección General de Educación de Adultos del Ministerio de Educación Nacional, el fomento de los programas de Educación No Formal. Es decir, tal dependencia debe promover y proteger estos programas. Pero, contrariamente, los artículos 51 y 53 demandados exigen a los institutos de Educación No Formal, además de la respectiva aprobación otorgada por la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones, la licencia de iniciación de labores. Tal licencia se requiere para todos los institutos de educación no formal que se encuentren en alguna o algunas de las situaciones mencionadas en los artículos 53,55 y 56 del Decreto 525 de 1990, o sea, en cualquier situación ya que parece que estas normas consagran todas las situaciones posibles.

También contrariamente a lo previsto en la disposición que se cita como vulnerada, de los literales b), d), f) y g) del artículo 54 demandado, se deduce que para poder solicitar la licencia de iniciación de labores, se debe contar con el establecimiento dotado de personal, muebles, equipos, local, etc., donde sólo podrá funcionar el Instituto de Educación No Formal.

Dicho artículo 54 también exige ilegalmente que al presentar la solicitud mencionada, se indique el nombre, identificación y formación del director y los instructores del Instituto de Educación No Formal, lo que supone tener que contratar este personal y pagarles, sin saber si se aprueba la licencia, lo que implica que el instituto debe tener un director y unos instructores vinculados laboralmente para poder acudir ante la respectiva Secretaría de Educación, a fin de solicitar la correspondiente licencia. Las normas acusadas, entonces, dice el actor, antes que fomentar los programas de educación no formal, impiden su desarrollo.

Segundo cargo.- Los artículos 47 y 49 acusados violan el inciso primero del artículo 26 de la Constitución Nacional al prohibir a los Institutos de Educación No Formal, la expedición de títulos, cuando lo que esta norma superior está haciendo a través de su texto es facultando a la ley para exigir como requisito obligatorio los títulos de idoneidad que considere necesarios frente a todos los oficios y profesiones.

En suma, el artículo 47 dispone que la Educación No Formal no conduce a títulos y el artículo 49 prohíbe a los Institutos de Educación No Formal, que son los que imparten la capacitación en oficios, la expedición de los mismos.

Los textos de los artículos 47 y 48 del decreto acusado que definen qué es la Educación No Formal, permiten demostrar igualmente la violación del artículo 26 de la Carta.

Tercer cargo.- Los artículos 60 y 66 violan los artículos 1o. y 2o. de la Carta que instituyen el principio de la dignidad humana, lo que quiere decir "que toda persona debe ser tratada conforme a sus circunstancias, a sus méritos", lo que no es llevado a la práctica por aquellas normas reglamentarias ya que denomina Educación No Formal, al subsistema educativo, al cual pertenece la mayor parte del pueblo colombiano, y olvidándose así de la esencia del propósito educativo, lo que configura un trato desigual frente a los educados en la educación formal, violándose también de esta manera el artículo 13 de la Carta, pues no se tiene en cuenta que las personas que acceden a la Educación No Formal, lo hacen en razón de sus limitaciones económicas.

Cuarto cargo.- Los artículos 51, 53, 54, 55 y 56 demandados infringen también el artículo 25 de la Carta que consagra que el trabajo debe gozar de una especial protección del Estado, por cuanto los excesivos gastos consagrados en ellos hacen que las personas declinen en sus intentos de crear Institutos de Educación No Formal, impidiéndose así el ejercicio del derecho al trabajo para tales empresarios.

Quinto cargo.- Sostiene el actor que las normas demandadas violan el preámbulo de la Constitución, pues entre los fines de ésta se encuentra el de asegurar el trabajo y la igualdad de los integrantes de la sociedad colombiana. En consecuencia, dice, resulta vulnerado por las razones explicadas en los numerales anteriores.

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 34 a 36):

La parte segunda del artículo 47 que forma parte del Decreto 525 de 1990, se basó en el anterior Decreto Ley 088 de 1976 que estableció las diferencias entre la Educación Formal y la No Formal. Al pretender la nulidad del artículo 47, se está tratando de suspender la vigencia de una norma que tiene sustento en una de mayor jerarquía, la cual, en lo impugnado, se encuentra vigente.

Los artículos 51, 53 y 54 del Decreto 525 de 1990, de idéntica manera tienen su sustento en los literales D y C del aftículo 39 de la Ley 24 de 1988, el cual fue derogado por medio delartículo 58 del Decreto 2127 de fecha 29 de diciembre de 1992, por medio del cual se reestructuró el Ministerio de Educación Nacional; como consecuencia de lo anterior, no puede violarse una norma que en este momento ya fue derogada en la parte pertinente.

Con relación al artículo 53 que habla de la iniciación de labores de estos Establecimientos de Educación No Formal, se encuentra que es apenas normal y legal que las autoridades administrativas queotorgan la licencia de funcionamiento, la autori-

zación de iniciación de labores y el registro, exijan el cumplimiento de unas condiciones mínimas con base en los artículos 189, numerales 21 y 22, de la Constitución Nacional, que conceden a las mismas autoridades la facultad de inspeccionar y vigilar el servicio público de la educación, en términos del artículo 67 de la misma Carta Política.

Analizado en su contexto el escrito que compone la demanda y las normas que le sirven de base, no se encuentra que se desconozcan o violen ni las normas superiores que regulan la educación en Colombia ni la Constitución vigente, ni los derechos fundamentales de los individuos que integran la sociedad colombiana. Contrariamente a lo sostenido por el actor, cuando el artículo 1o. de la Constitución Nacional establece que Colombia es un Estado de Derecho que respeta la dignidad humana, y donde prevalece el interés general sobre el particular, autoriza a las autoridades para expedir normas y reglamentos que diferencien las distintas escalas de educación, y que en forma equitativa reconozcan el mayor o menor grado de conocimientos técnicos y preparación científica que sus asociados alcanzan cuando escogen y superan una cierta clase de educación para satisfacer sus necesidades educativas.

Cuando la Constitución establece que las autoridades están instituídas para defender los derechos de las personas, está reconociendo que existen diferencias de mérito que una vez alcanzadas y reconocidas por el Estado mediante títulos exigidos, son inalienables.

Cuando en las instituciones se exigen ciertos requisitos, el Estado defiende y ampara a la persona en sus derechos para que no sea engañada por falsos formadores en ocupaciones, artes u oficios.

A voces con el artículo 26 de la Carta, en ningún momento el Estado impide que las personas desempeñen artes u oficios que les plazca, siendo lícito su ejercicio; lo que no se puede confundir es la causa con la consecuencia, una cosa son las Instituciones de Educación No Formal y otra bien distinta los ciudadanos.

Las personas poco instruídas o de bajos recursos económicos en busca de un mejor mañana, pueden ser engañados por los establecimientos piratas que dicen enseñar ciertos oficios, ocupaciones o artes.

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 22 de enero de 1993 (fls. 25 a 26) se admitió la demanda.

Mediante proveído de 4 de marzo de 1993 (fls. 145 a 146) se deniegan las pruebas solicitadas por las partes.

Mediante auto de 30 de junio de 1993 (fl. 207) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual sólo hizo uso este último.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación considera, en síntesis, lo siguiente (fls. 208 a 213):

1. Del cotejo de los artículos 51, 53, 54, 55 y 56 del Decreto 525 de 1990, con los literales transcritos del artículo 39 de la Ley 24, no se advierte en qué puede consistir la contradicción que dice ver el demandante.

Los requisitos de que se ocupan los artículos acusados, son apenas los trámites elementales y necesarios que debe exigir el Estado para garantizar que la educación no formal sea prestada por instituciones serias, idóneas y estables. Y constituyen a su vez estímulo a los usuarios para optar por su ingreso a una institución que tiene el reconocimiento y la supervisión oficial.

2.- En cuanto a que los artículos 47 y 49 del Decreto 525 de 1990, que se dice violan el inciso primero del artículo 26 de la Constitución, cabe acotar la improcedencia de la cita ya que las normas acusadas, por haber sido expedidas en 1990 no podían quebrantar directamente el artículo 26 de la Constitución de 1991.

Sin embargo, es bueno precisar que la norma superior consagra la libertad de escoger profesión u oficio y confiere al Congreso facultad para exigir títulos de idoneidad; "podrá" dice la norma. No cabe duda que tal facultad habrá de utilizarla el legislador en defensa de los derechos de la comunidad, teniendo en cuenta el riesgo social que resulte del ejercicio de determinadas profesiones u oficios. Nótese cómo la exigencia del título de idoneidad está prevista como excepción a la regla general. "Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social", dice la comentada norma.

3.- En relación con el ataque a los artículos 60 y 66 del Decreto 525 de 1990, que se dice violan los artículos 1o., 2o. y 13 de la Constitución Nacional, resulta aplicable lo dicho anteriormente sobre la imposibilidad de la transgresión directa de la Constitución de 1991. Pero, además, resulta pertinente advertir que los artículos 60 y 66 acusados en este cargo, no forman parte del *petitum* de la demanda.

4.- En relación con los artículos 51, 53, 54, 55 y 56 del Decreto 525 de 1990 que se acusan de violar el artículo 25 de la Constitución Nacional, siguen teniendo cabida los mismos comentarios hechos anteriormente. Empero, es bueno señalar que en beneficio de toda la comunidad las autoridades competentes están llamadas a inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones, entre ellas la de docente, y a esto justamente propenden las normas acusadas. El gobierno debía reglamentar el ejercicio

de la Educación No Formal y lo reglamentó, sin desconocer el derecho de los propietarios de los institutos existentes. Cabe señalar cómo los artículos 55 y 56 conceden plazo para la legalización de los institutos sin licencia. La protección al trabajo debida por el Estado implica, en interés general, la sujeción a los ordenamientos legales, porque el derecho de cada uno llega hasta donde empieza el derecho de los demás.

5.- En cuanto al quebranto del preámbulo de la Constitución, vale la pena recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, cambió el criterio tradicional sostenido por las altas corporaciones de justicia, de que el preámbulo no podía ser señalado como norma violada. Dijo la Corte que como quiera que el preámbulo sí goza de poder vinculante, resulta lógico que toda norma que desconozca o quebrante cualquiera de los fines señalados en él, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios. Sin embargo, la insuficiencia del cargo no permite encontrar por él, ni por las demás censuras, la razón jurídica suficiente que logre desvirtuar la presunción de legalidad que cobija los actos acusados.

Por las anteriores razones solicita denegar las pretensiones.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- La primera parte de esta censura se contrae a que los artículos 51 y 53 del Decreto Reglamentario 525 de 1990, infringen los literales d) y e) del artículo 39 de la Ley 24 de 1988 al exigir a los Institutos de Educación No Formal, además de la respectiva aprobación otorgada por la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones, la licencia de iniciación de labores, con desmedro del fomento de los programas de educación no formal.

El texto de las disposiciones acusadas es del siguiente tenor:

"Artículo 51. Para iniciar labores, los institutos que imparten Educación No Formal, deben cumplir los siguientes requisitos:

"a) Licencia de iniciación de labores.

"b) Aprobación de costos educativos por la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones, contra cuyas decisiones sólo procede el recurso de reposición".

"Artículo 53. La licencia de iniciación de labores para Educación No Formal, debe solicitarse ante la respectiva Secretaría de Educación a través de la Oficina Coordinadora de Educación de Adultos o quien haga sus veces, en algunos de los siguientes casos:

"a) Antes de iniciar labores.

"b) Cuando se hayan suspendido labores por un año o más.

"c) Cuando se proyecta la apertura de sucursales o similares.

"d) Cuando se traslade a otra jurisdicción político-administrativa.

"e) Cuando se vayan a ofrecer nuevos cursos, programas o actividades o se cambie el contenido de los programas.

"f) Cuando se fusionen con otro Instituto".

Las previsiones legales que se estiman vulneradas por las pretranscritas, rezan:

"ARTICULO 39.- Son funciones de la Dirección General de Educación de Adultos:

.....

"d) Fomentar los programas de educación no formal y proporcionar orientaciones para el desarrollo de la educación básica no formal dirigida a jóvenes y adultos.

"e) Fomentar los programas de educación no formal y proporcionar orientaciones para el desarrollo de la educación media vocacional no formal, dirigida a jóvenes y adultos".

Aunque la parte demandada aduce que no es viable la violación del artículo 39 de la Ley 24 de 1988, porque esta norma fue derogada por el artículo 58 del Decreto 2127 de 29 de diciembre de 1992, ello no implica que tenga que omitirse pronunciamiento jurisdiccional sobre su presunto quebranto alegado por el actor, dado que ella tuvo vigencia desde su publicación que lo fue el 16 de febrero de 1988 en el Diario Oficial No. 38.215 hasta cuando se produjo su derogatoria por el precitado decreto; e igual y consecuencialmente, a términos del artículo 66 del C. C. A., era obligatoria la norma administrativa acusada, toda vez que no había sido anulada ni suspendida por esta jurisdicción.

En relación con la alegada violación, la Sala, al igual que el Ministerio Público y la parte demandada, no advierte en qué pueda consistir la infracción que afirma el actor, pues mientras las disposiciones que se estiman infringidas se remiten a señalar como función de la Dirección General de Educación de Adultos, el fomentar los programas de Educación No Formal para jóvenes y adultos, las normas acusadas se dirigen sólo a señalar requisitos y trámites o procedimientos elementales y necesarios que el Estado puede y debe exigir con el propósito de obtener un normal y adecuado funcionamiento de los institutos que impartan Educación No Formal, en desarrollo y cumplimiento de su función de inspección y vigilancia de la educación que se consagraba en el artículo 41 de la anterior Constitución y hoy se establece en el artículo 67 de la nueva Carta Política.

En la segunda parte del cargo se acusan de infringir la misma norma legal, es decir, el artículo 39 - literal d) y e) de la Ley 24 de 1988, los literales b), d), f) y g) del artículo 54 del Decreto 0525 de 1990, los cuales prescriben como requisitos para obtener la iniciación de labores que la respectiva solicitud contenga la siguiente información y documentos:

"....

"b) Sede y dirección donde funciona.

"d) Nombre, identificación y formación académica del director.

"f) Descripción detallada de la planta física, incluyendo plano y cédula catastral.

"g) Copia auténtica de la certificación de propiedad del inmueble, o del contrato de arrendamiento y de los contratos de los instructores...".

Dadas las características de las exigencias allí plasmadas, caben las mismas consideraciones hechas a la primera parte de la censura.

Cabría agregar que tales requisitos no son más que un mínimo de condiciones para garantizar que la Educación No Formal sea prestada por instituciones serias, idóneas y estables, y constituyan, a su vez, un estímulo a los usuarios para optar por su ingreso a una institución que tenga el reconocimiento y supervisión oficial, como bien lo plantea la colaboradora del Ministerio Público.

Hay que añadir también que el requisito sobre la vinculación con carácter laboral del director y los instructores que el actor plantea, no debe entenderse en el sentido de que los contratos exigidos por la norma acusada deban estar ejecutándose, pues puede tratarse de contratos suscritos pero con ejecución supeditada al otorgamiento de la licencia.

En consecuencia, este primer cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo.- Señala el demandante que los artículos 47, 48 y 49 del Decreto 0525 de 1990 quebrantan el artículo 26 de la Carta Fundamental por cuanto prohiben a los Institutos de Educación No Formal la expedición de títulos a sus educandos, desconociendo que la citada norma constitucional faculta a la ley para exigir como requisito obligatorio los títulos de idoneidad que estime necesarios frente a todos los oficios y profesiones.

Pese a lo confuso e incoherente del cargo, lo que se logra desentrañar es una equivocada interpretación de la parte pertinente del texto constitucional que se estima transgredido. En efecto, lo que esta norma previene, respecto de las profesiones u oficios, al igual que lo prescribía el artículo 39 de la derogada Constitución de 1886, es que "Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley **podrá** exigir títulos de idoneidad..." (la subraya es de la Sala).

Así que la norma superior consagra la libertad de escoger profesión u oficio y otorga al Congreso la facultad para exigir títulos de idoneidad tanto para profesiones como para oficios. Es decir, defiere a la ley su reglamentación. La inflexión verbal "podrá" utilizada en la norma, descarta por completo que la exigencia de títulos de idoneidad debe consagrarse en la ley con carácter obligatorio para todos los eventos como lo pretende equivocadamente el demandante.

Ahora bien. El artículo 47, acusado, es una reproducción literal del inciso 2o. del artículo 3o. del Decreto Ley 088 de 1976, por lo que mal puede afanarse que transgrede o rebasa la norma que en este punto reglamenta.

En efecto, dice así aquella disposición:

> "Artículo 47. De acuerdo con lo preceptuado en el inciso 2o. del artículo 3o. del Decreto Ley 088 de 1976, se entiende por Educación No Formal la que se imparte sin sujeción a períodos de secuencia regulada. La Educación No Formal no conduce a grados ni a títulos. La Educación No Formal podrá realizarse como complemento de la Educación Formal y será fomentada por el Estado".

De idéntica manera, valga reiterarlo, el citado artículo 3o. define la Educación No Formal.

A su vez el artículo 49, demandado, estatuye que "Los Institutos de Educación No Formal, no podrán expedir títulos, ni otorgar grados académicos...", lo cual corresponde a la misma esencia de la definición legal en cuanto a que ésta señala que "La Educación No Formal no conduce a grados ni a títulos".

Y en cuanto al acusado artículo 48, basta transcribir su texto para evidenciar el total desacierto del actor. Reza así esta disposición reglamentaria:

> "Para efectos del presente decreto se denomina Establecimiento de Educación No Formal, todo instituto de naturaleza pública o privada que tenga como actividad impartir enseñanza, capacitar, actualizar, complementar en un área o actividad específica que conduzca al desempeño de una ocupación u oficio, o a la capacitación sin sujeción a períodos de secuencia regulada y que ejerza su acción sobre el alumno en forma directa o a través de cualquier medio.
>
> "Parágrafo. El concepto "sin sujeción a períodos a secuencia regulada", significa que la institución no estará sometida al escalonamiento de grados o niveles, ni a períodos regulados de tiempo, que implique una sucesión de temas relacionados entre sí con prerrequisitos o correquisitos propios de la Educación Formal".

Corresponde pues, esta norma a un correcto desarrollo de la disposición legal preseñalada, por lo que resulta un desatino pretender que vulnera el artículo 26 de la Carta y menos aún en forma directa.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo.- Se acusan los artículos 60 y 66 del Decreto 0525 de 1990 de infringir los artículos lo., 2o. y 13 de la Constitución, aduciéndose que atentan contra la dignidad humana al configurar un trato desigual frente a los educados en la Educación Formal.

Aquellas disposiciones prescriben:

"Artículo 60.- Las Secretarías de Educación, a través de las Oficinas Coordinadoras de Educación de Adultos, o quien haga sus veces, serán las encargadas de analizar las solicitudes de licencia de iniciación de labores, para lo cual deberán practicar visitas de control y proyectar el respectivo acto administrativo, debiéndose abstener de tramitar tales solicitudes cuando el nombre del curso o actividad, y la duración del mismo se confunda con los de educación formal. El Ministerio de Educación Nacional y el Icfes enviarán periódicamente a las Secretarías de Educación, listados de programas de educación formal autorizados legalmente.

"Parágrafo. Las Secretarías de Educación a través de las Oficinas Coordinadoras de Educación de Adultos, o quien haga sus veces, realizarán actividades de control de los institutos públicos y privados de educación no formal de su jurisdicción con miras a garantizar la calidad del servicio educativo, de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de Educación Nacional".

"Artículo 66.- Los Institutos de Educación No Formal que estén debidamente legalizados, al divulgar por cualquier medio sus programas, deberán mencionar el número del acto administrativo que le concedió la licencia de iniciación de labores y la autoridad ante quien se hizo, y señalar claramente que se trata de educación no formal.

"Parágrafo. Las violaciones de lo preceptuado en este artículo, darán lugar a las sanciones previstas en los artículos 64 y 65 de este decreto".

Sea lo primero señalar que sólo en la medida en que estas disposiciones infringieran las normas legales que reglamentan, se podría hablar tentativamente de los cánones constitucionales indicados como directamente vulnerados por aquellas.

Sin perjuicio de lo anterior, es bueno señalar que de la simple confrontación de las disposiciones pretranscritas con los textos constitucionales indicados por el actor como violados, se infiere sin el menor esfuerzo mental que lo que se estatuye en aquellas no incide en lo más mínimo en los postulados que en éstas se consagran.

Las disposiciones demandadas en este cargo son un claro reflejo del ejercicio de la función de inspección y vigilancia que le asiste al Estado, con el fin de velar por la calidad de la educación y el cumplimiento de sus fines, en procura de una mejor formación intelectual y moral de sus educandos y de garantizar su eficiente gestión, por lo cual deviene descaminado pretender que se vulnera las citadas normas constitucionales, siendo que la actitud del Gobierno a través de los mencionados preceptos reglamentarios no refleja cosa distinta al ejercicio de la atribución que se le asigna a través del artículo 67 de la Carta, desarrollando la preceptiva legal que dice reglamentar, pues la intervención del Estado en la educación se ejerce por intermedio del Congreso y del Presidente de la República en sus respectivas esferas legislativa y administrativa.

En relación concretamente con el pretendido trato desigual a la educación no formal frente a la educación formal, para la Sala es evidente que la diferente regulación establecida para esas dos clases de educación obedece a las características propias de cada una de ellas, sin que pueda afirmarse que ello implique un atentado a la dignidad o a la igualdad de las personas.

El cargo, pues, no prospera.

En relación con el cuarto cargo.- Se acusa en esta censura a los artículos 51, 53, 54, 55 y 56 del Decreto 0525 de transgredir el artículo 25 de la Constitución. Caben aquí los mismos razonamientos hechos en la parte introductoria del examen del "tercer cargo". Sin embargo, no sobra consignar, como lo destaca la defensa, que contrariamente a lo sostenido por el actor, cuando el artículo lo. de la Carta establece que Colombia es un Estado de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana y en la prevalencia del interés general, autoriza y obliga a las autoridades para expedir normas y reglamentos que diferencien las distintas escalas de educación, y que en forma equitativa reconozcan el mayor o menor grado de conocimientos técnicos y científicos que sus asociados alcanzan cuando escogen y superan una cierta clase de educación para satisfacer sus necesidades educativas.

El Gobierno, ciertamente, como en efecto lo destaca la Agencia del Ministerio Público, debía reglamentar el ejercicio de la educación no formal, y lo reglamentó, sin desconocer el derecho de los propietarios de los institutos existentes. Los artículos 55 y 56 conceden plazo para la legalización de los institutos sin licencia. La protección al trabajo debida por el Estado, no se menoscaba con los requisitos exigidos a los Institutos de Educación No Formal, pues la apreciación del actor de ser excesivos y onerosos, desconoce los fines últimos de la reglamentación en favor de los derechos de los educandos, justamente con miras a evitar que puedan llegar a ser víctimas de instituciones sin el debido reconocimiento e inspección legales.

El cargo, entonces, no prospera.

En relación con el quinto cargo.- El presunto quebranto del preámbulo de la Constitución lo hace derivar el actor del éxito que tendría en los cargos precedentes. Pero como quiera que todos ellos han resultado imprósperos, su última pretensión necesariamente también está llamada a fracasar.

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 para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez* -ausente-, *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Reestructuración/**IAN**-Reestructuración/**MINERALCO**-Reestructuración/**COMISION ASESORA DEL GOBIERNO**

La reestructuración del Ministerio de Minas y Energía y del Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- obedeció, entre otros aspectos, a que la responsabilidad del Ministerio frente a la fijación de políticas, investigación técnica, vigilancia y cumplimiento de normas técnicas, planeación, estadística, reglamentación, etc., del sector minero y energético no ha sido asumida en su integridad, además que no se cuenta con la infraestructura necesaria para realizarla directamente, por lo cual se requiere estimular a las entidades descentralizadas para adelantar proyectos de investigación con sujeción a los planes sectoriales de desarrollo de la mineria, los hidrocarburos y la energía eléctrica. La no invocación de las normas constitucionales en el texto del acto acusado, a que alude el actor, no puede por sí sola entrañar la nulidad del acto acusado, ya que lo que en realidad interesa y es verdaderamente relevante, es que el organismo encargado de proteger los recursos naturales, prevenir y controlar el deterioro ambiental; intervenir en la explotación de los recursos naturales y en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes para mejorar la calidad de vida de los habitantes, etc., asuma tales responsabilidades, y en este caso, según se infiere del artículo 3o. del decreto en estudio que señala las funciones generales del Ministerio de Minas y Energía, aquellas no han sido evadidas. En lo que atañe al cargo de no haber tenido en cuenta el decreto acusado las recomendaciones y evaluaciones de la Comisión Asesora, la Sala estima que no tienen vocación de prosperidad ya que, como lo ha manifestado

reiteradamente, la finalidad buscada por el Constituyente en el artículo 20, fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conocimientos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha Comisión podía ser de obligatorio cumplimiento éste, pues de considerarse así, quien vendría a asumir las facultades allí previstas, habría sido aquella y no el Gobierno Nacional,único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarla a efecto. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las expresiones relativas al plazo para ejecutar la decisión de reestructurar contenidas en los artículos 49 a 51 y 65 del Decreto 2119 de 1992.

TITULO MINERO/CONTRATO DE MINERIA/EXPLOTACION DE MINAS/PRINCIPIO DE INENAJENABILIDAD/RESERVA MINERAL ESPECIAL/DERECHO AL AMBIENTE SANO

El otorgamiento de títulos mineros y la celebración de contratos de minería al no implicar disposición o transferencia del dominio del bien, esto es, al no afectar su condición de inenajenabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, no quebrantan las normas constitucionales que invoca el actor, dado que éstas no prohiben la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros, y en cuanto al artículo 58, el Decreto 2655 de 1988, ley a la que debe sujetarse el decreto acusado, garantiza los derechos constituídos a favor de terceros. Constituir reservas mineras con fines de investigación es una forma de proteger las riquezas de la Nación (art. 8o. de la Constitución Política) y de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 80 *ibídem),* lo cual en últimas contribuye a garantizar la realización de los fines esenciales del Estado (art. 2o. *ibídem*). LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las expresiones relativas al plazo para ejecutar la decisión de reestructurar contenidas en los artículos 49 a 51 y 65 del Decreto 2119 de 1992.

GOBIERNO NACIONAL-Facultades/SUPRESION DE EMPLEOS/PREVALENCIA DEL INTERES PUBLICO/INTERES PUBLICO/DERECHOS ADQUIRIDOS/CONCILIACION

Cuando el constituyente confirió al Gobierno Nacional las facultades de que trata el artículo transitorio 20, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos o empleos que no demandara las necesidades del servicio, ello en desarrollo de la aplicación del principio de la primacía del interés general sobre el particular, lo que no exonera al Estado de la obligación de indemnizar los perjuicios que se puedan irrogar a los titulares de aquellos, como consecuencia de la decisión adoptada. De otra parte, ha estimado la Sala que cuando de la aplicación

del principio de la primacía del interés general se trata, no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en la carrera administrativa. Y teniendo los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en la norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar como causal de retiro la supresión de un cargo o empleo como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión de la entidad, por lo cual no se transgrede el artículo 125 de la Carta y si por el contrario guarda armonía con él. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las expresiones relativas al plazo para ejecutar la decisión de reestructurar contenidas en los artículos 49 a 51 y 65 del Decreto 2119 de 1992.

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Funciones/FUNCION JURISDICCIONAL/CONCILIACION

Sobre el particular estima la Sala que no le asiste razón al demandante y en consecuencia habrá de desecharse el cargo. En efecto, la modificación de la estructura de una entidad lleva aparejada la asignación de funciones que deben desarrollar los distintos niveles o dependencias que la conforman, por esta razón no puede predicarse el quebrantamiento del artículo transitorio 20, pues esta norma facultó al Gobierno Nacional entre otras atribuciones, para reestructurar las entidades que allí se mencionan, y no se estaba refiriendo, como lo sostiene el apoderado de la demandada, sólo a la parte orgánica o estática de la administración, sino también a la parte dinámica o funcional que le da razón de ser a aquella. Podía el Gobierno al tenor de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 116 de la Carta "atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas", como es el caso de la conciliación que se consagra en la norma en estudio, lo cual no resulta extraño si se tiene en cuenta que desde la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 ya esta función había sido atribuída a autoridades administrativas, como por ejemplo a las inspecciones de trabajo, y bajo la vigencia de la actual Carta, el Estatuto General de la Contratación de la Función Pública, prevé fórmulas de arreglo para dirimir controversias surgidas del contrato, lo cual en cierta medida contribuye a cumplir con uno de los fines esenciales del Estado como lo es asegurar la convivencia pacífica. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las expresiones relativas al plazo para ejecutar la decisión de reestructurar contenidas en los artículos 49 a 51 y 65 del Decreto 2119 de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D. C., (17) diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 2324 y 2373. Acción: Nulidad. Actores: Germán Cavelier Gaviria y otro.

Los ciudadanos y abogados GERMAN CAVELIER GAVIRIA y HECTOR ROMANO MARUN, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicitan de esta Corporación, en demandas separadas que se rituaron inicialmente en procesos diferentes y que fueron acumulados mediante proveído de 15 de octubre de 1993 (folios 130 a 132, expediente No. 2373), la nulidad del Decreto 2119 de 29 de diciembre de 1993 "por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- y Minerales de Colombia S. A. -Mineralco-, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. CONCEPTO DE VIOLACION EN LOS PROCESOS ACUMULADOS

I.1-. Demanda radicada bajo el No. 2324.

Señala el actor como infringidos por los artículos 3o., numeral 8o. y 5o., numerales 6 y 7 del Decreto 2119 de 1992, los artículos transitorios 20, 2o., 8o., 58, 63, 79, 80, 82, 102, 116, 300, numeral 2o., 313, numeral 7o. y 332 de la Constitución Política y 8o. y 48 del Código de Minas.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1-. Las disposiciones dictadas con base en el artículo transitorio 20, no son leyes ni decretos leyes, sino normas dictadas en desarrollo de la Constitución.

2-. Las normas acusadas violan directamente el artículo transitorio 20 que otorgó atribución precisa para organizar de nuevo la administración, pero no quiso el Constituyente que el Ejecutivo se convirtiera en legislador sino solamente en redistribuidor de competencias y en adecuador de la administración a las normas de la nueva Constitución.

El numeral 8o. del artículo 3o. acusado, atribuye al Ministerio de Minas una jurisdicción conciliadora, de administrar justicia entre particulares, la cual está reservada por el artículo 116 de la Constitución en forma excepcional a las entidades administrativas a las cuales la ley les atribuya dicha función, y es evidente que aquella norma no es ley y no puede por tanto atribuir tal función al Ministerio de Minas, violándose así también el artículo 116.

El numeral 6o. del artículo 5o. del Decreto 2119 de 1992, excede la facultad conferida en el artículo transitorio 20, por cuanto dicho numeral legisla sobre títulos mineros, contratos mineros y yacimientos minerales de propiedad de la Nación ubicados en cualquier área del territorio nacional y de los espacios marítimos o trayectos fluviales, materias estas reservadas al legislador nacional, y en el caso de los espacios marítimos, al derecho internacional.

El numeral 7o. del artículo 5o. *ibídem* va más allá de la reestructuración administrativa del Ministerio para ponerla en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional, al crear reservas mineras especiales sobre una serie de bienes de uso público del dominio fiscal del Estado o de propiedad de los particulares.

3-. El numeral 6o. del artículo 5o. del referido decreto viola los artículos 8; 58, 63, 82 y 101 de la Carta Política, por las siguientes razones:

a): Los bienes de uso público inalienables e imprescriptibles a los que se refieren los artículos 102 de la Constitución Política; 674 y 677 del C. C.; 5o., 80, 83, 302,303 y 304 del Código de Recursos Naturales Renovables no son parte del dominio fiscal, por lo cual el Estado que es sólo un administrador, no puede darlos en concesión o aporte, pues su uso pertenece a todos los habitantes del territorio. Todos los bienes de uso público son parte de las reservas naturales destinadas al uso público y por tanto no son objeto de explotación ni por el Estado mismo ni por concesión o aporte que éste haga a particulares o empresas del Estado.

b): La declaración o destinación de un bien para uso público hecha por la Constitución o la ley, excluye las concesiones mineras en tanto éstas impiden su utilización pública por los habitantes y restringen su utilización sólo a un minero beneficiado con una concesión.

c): No puede el Decreto 2119 en consecuencia, sin violar el artículo 101 de la Constitución, disponer de los yacimientos minerales que se encuentran en cualquier área del territorio nacional ni en el suelo de bienes pertenecientes a particulares, pues ellos están amparados por el artículo 58 *ibídem.*

d): De la misma manera no puede el Decreto 2119 de 1992 otorgar concesiones sobre yacimientos minerales que se hallen en los trayectos fluviales por cuanto éstos son de uso público inalienables e imprescriptibles en cuanto al cauce propio de las corrientes de agua y a una zona de 30 metros a lado y lado de aquellas.

e): La norma acusada viola los artículos 8o. y 101 de la Carta, por cuanto los recursos naturales no renovables del suelo de propiedad privada o de los bienes de uso público no pertenecen al Estado, cuyo derecho se encuentra limitado al subsuelo, ya que el dominio del Estado sólo se extiende al suelo de los bienes de propiedad de la Nación como recurso fiscal.

Además, este numeral y el numeral 7o. del artículo 5o. violan el artículo transitorio 20 por cuanto las funciones del Ministerio de Minas no están en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional al no contemplar ni facilitar la participación de todos los habitantes en las decisiones relativas a la concesión de títulos mineros (artículo 2o. de la Constitución); al no proteger los recursos naturales, pues permite disponer de ellos en concesión o aporte (artículo 8o. *ibídem)*; al no garantizar la propiedad privada ni reglamentar la función ecológica inherente a la propiedad (artículo 58 *ibídem)*; al no hacer la salvedad de la inalienabilidad, imprescriptibilidad de los bienes de uso público

(artículo 63 *ibídem*); al no prescribir la participación de la comunidad en las decisiones que afectan el ambiente, según el artículo 79 de la Carta; al no velar por la protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común (artículo 82 *ibídem*); al no planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales ni garantizar su conservación, restauración , sustitución (artículo 80 *ibídem*); y al no contemplar la participación de los departamentos en la planeación y disposición de bienes fiscales del Estado (artículo 300, numeral 2o.*ibídem*); y al no incluir la reglamentación de los usos del suelo que está a cargo de los Concejos Municipales (artículo 317, numeral 7o. *ibidem*).

4-. El numeral 7o. del artículo 5o. viola la Constitución al permitir constituir reservas mineras en las "aguas territoriales", lo cual no es posible hacer pues las minas no se hallan en el agua, como no sean minerales en suspensión indisolublemente unidos a las aguas, caso en el cual no se puede disponer de ellos porque las aguas territoriales de Colombia son de la Nación, es decir, son un bien de uso público inalienable e imprescriptible.

Adicionalmente se infringen los artículos 8o. y 48 del Código de Minas, porque los aportes mineros no están previstos para las entidades financieras oficiales con lo cual el Presidente legisló desbordando la facultad del artículo transitorio 20.

I.2-. DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 2373

El actor fundamenta el concepto de la violación a través de los siguientes cargos, los cuales pueden resumirse así:

1-. Los artículos 47 y 52 del Decreto 2119 de 1992, violan los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 29, 53, 58, 125, 150, numeral 7o., 153, 189, numerales 15 y 16 y 336 de la Constitución Política, en relación con el Título IV de la carrera administrativa del Decreto 2400 de 1968, con el Capítulo II del Título II, denominado "De la creación, supresión y fusión de empleos y el artículo 180 del Decreto 1050 de 1973, por cuanto los preceptos contenidos en las normas acusadas quebrantan el derecho al trabajo ya que suponen una reestructuración del Ministerio y de los organismos citados, previa desvinculación de los empleados, incluyendo los de carrera administrativa, cuando de las normas constitucionales mencionadas se desprende meridianamente que los derechos adquiridos no pueden ser vulnerados bajo ningún aspecto.

Además, mediante un decreto se pretende violar el régimen consagrado en el Decreto 2400 de 1968 en lo que atañe a ascensos, retiros, traslados y modificación de la planta de personal cuando sólo el Congreso está autorizado para expedir las normas concernientes al estatuto del trabajo, ajustadas a los principios que señala el artículo 53 de la Carta.

2-. Los artículos 47 a 52 del Decreto 2119 de 1992, violan los artículos 53, inciso 2o., 54 y 58, inciso 1o. de la Constitución en relación con los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, ya que pretenden efectuar una reestructuración contradictoria e incompatible con la nueva Constitución Nacional y en especial frente a los principios

mínimos fundamentales que son consustanciales al derecho al trabajo, como son, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los derechos que consagra la carrera administrativa, la capacitación y el adiestramiento, entre otros.

3-. El Decreto 2119 de 1992 vulnera el artículo transitorio 20 de la Carta por las siguientes razones:

a): La redistribución de competencias y recursos económicos y fiscales previstos en la Constitución de 1991 no afectó en forma alguna y de manera directa al Ministerio de Minas y Energía, al Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- y a Minerales de Colombia S.A. MINERALCO, de modo que obligara perentoriamente a su reforma.

Las únicas disposiciones que podían invocarse serían los artículos 80, 332, 334, 360 y 361 de la Constitución en lo que respecta a los recursos naturales, normas estas que más bien obligan a ampliar el aparato administrativo y no a reducir la planta de personal, que es en últimas lo que persigue el decreto acusado. No bastaba la simple cita del artículo transitorio 20.

b): Del texto de los artículos 49 a 51, 62 y 65 del decreto acusado se desprende la continuación de la reestructuración de las entidades que allí se relacionan, dentro del término de 12 meses contados a partir de la publicación del mismo, cuando el término conferido en el artículo transitorio 20 fue de 18 meses, por lo cual la facultad legislativa transitoria no podía ampliarse.

c): En el artículo 45 *ibídem,* se delegó en la Junta Directiva del IAN la facultad de introducir modificaciones a la planta de personal, hecho que conlleva a concluir que ya no será el Gobierno el que va a reestructurar dicho establecimiento público sino aquella.

d): No se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora a que se refiere la norma transitoria.

II.- EL TRAMITE DE LOS PROCESOS

II.1-. Los procesos que se deciden por medio de esta sentencia, fueron acumulados en virtud de auto de 15 de octubre de 1993 (folios 130 a 132, expediente No. 2373).

En cada uno de ellos se admitieron las respectivas demandas así:

- Expediente No. 2324, por auto de 27 de abril de 1993 (folios 63 a 64).

- Expediente No. 2373, por auto de 21 de mayo de 1993 (folios 56 a 67).

En este último proceso se decretó la suspensión provisional de los efectos de las expresiones referentes al plazo para llevar a cabo el programa de supresión de empleos como consecuencia de la reestructuración y adecuar la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía, contenidas en los artículos 49 a 51 y 65 del Decreto 2119 de 1992.

II.2-. Dentro del proceso radicado bajo el No. 2324 no se tuvo en cuenta la contestación de la demanda presentada por la Nación -Ministerio de Minas y Energía- por no haber acreditado el abogado personería para actuar.

Dentro del expediente No. 2373 la misma entidad, a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

1-. Frente a los dos primeros cargos:

La Sección Primera del Consejo de Estado ha expresado que el Gobierno Nacional en desarrollo de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20, sí puede suprimir empleos como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión.

Vale la pena evocar que durante el debate que se dio en la Asamblea Constituyente al proyecto de artículo transitorio 20, el delegatario Angelino Garzón presentó una propuesta sustitutiva que incluía la siguiente frase: "... respetando los derechos de estabilidad o reubicación, carrera administrativa de los empleados y trabajadores del Estado", propuesta esta que fue rechazada por la Ásamblea (Gaceta Constitucional de 18 de junio de 1991, página 3).

De otra parte, la República de Colombia está fundada no sólo en el trabajo sino también en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Por lo demás, el cargo frente al Decreto 2400 de 1968 es improcedente ya que el decreto acusado tiene la misma fuerza de la ley y perfectamente había podido disponer en forma distinta a lo previsto en otro acto de igual jerarquía.

2-. Frente al tercer cargo:

En el acto acusado se trató en general de poner en práctica los principios del artículo 209 de la Carta. Con relación al Ministerio de Minas y Energía, por ejemplo, era claro que debía revisarse la estructura orgánica y las funciones que le asignaron la Ley 1a. de 1984 y sus disposiciones reglamentarias, para suprimir los elementos que no correspondían a la moderna concepción de los Ministerios, para fortalecer su capacidad de acción en el desarrollo de las funciones y asignar las responsabilidades que emanan de la Carta como es la de velar por la protección de los recursos naturales renovables y del medio ambiente en las actividades minero-energéticas.

Cometidos semejantes tienen el antiguo IAN y MINERALCO, y el que no se hubieran citado en el decreto acusado las disposiciones constitucionales que justificaban el reajuste institucional no entraña violación, además que el demandante no señala la disposición infringida.

Los plazos materia de análisis son diferentes. Se refieren a órbitas distintas. Una es la decisión de reestructurar que es de la órbita ordinaria del Congreso de la República

y se ejerce mediante ley o decreto con fuerza de ley y otra es la consecuencial, medida de simple ejecución o cumplimiento de la ley que se hace efectiva mediante actos administrativos y que por ser de la ordinaria de las autoridades administrativas, no requiere de habilitación excepcional para su ejercicio.

El artículo 45 demandado no contraría el artículo transitorio 20, ya que el Gobiemo Nacional podía asignar competencias a otras autoridades como la junta directiva, para cumplir funciones consecuencia de la reestructuración.

El Gobierno Nacional siempre escuchó las recomendaciones de la Comisión, aunque no las aceptó porque no le obligaban. Además, la mayoría de aquella se pronunció favorablemente con relación a la totalidad de la reforma.

II.3-. En la etapa de alegaciones, la parte demandada dentro del expediente No. 2373, ratificó los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda.

El demandante y la Agente del Ministerio Público no hicieron uso del derecho de alegar de conclusión.

En el expediente radicado bajo el No. 2324 el actor, a través de apoderado, insistió en lo expresado en el capítulo del concepto de violación de la demanda.

La demandada argumentó, en resumen, lo siguiente:

1-. Carece de sustento jurídico la tesis formulada por el actor en el aparte 4.2.1. de la demanda y en consecuencia pierden piso los cargos que dependían de esta premisa en los apartes 4.2.2 y 4.2.3, dado que, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por la materia que regulan, que es la que ordinariamente corresponde al Congreso.

2-. La doctrina y la jurisprudencia han precisado lo que cabe entender por reestructuración o reorganización administrativa y han dejado en claro que todo proceso de reforma administrativa, concierne no solamente a la parte orgánica o estática de la administración, sino a la parte funcional o dinámica que le da sentido y razón de ser a aquella.

La Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de mayo de 1993, expediente 2249, dictaminó que cuando se modifica la estructura de una entidad, se produce una reestructuración y ello ínsitamente conlleva la creación o adición de funciones en los distintos niveles o dependencias.

Las tres disposiciones acusadas se refieren al aspecto funcional de la reestructuración del Ministerio de Minas y Energía y no violan el artículo transitorio 20, porque proveer en materia de funciones o competencias es consustancial a cualquier reorganización o reestructuración administrativa.

3-. Es inexacto afirmar que el numeral 6o. del artículo 5o. del Decreto 2119 de 1992, legisle sobre títulos mineros, contratos mineros y yacimientos minerales de propiedad de la Nación, por cuanto, en primer término, la legislación sobre las materias a que se refiere el actor, se encuentra toda en el Decreto 2655 de 1988 y, en segundo lugar, porque la norma acusada se limita a ubicar la competencia asignada al Ministerio de Minas y Energía con relación al trárnite de solicitudes de títulos mineros, su otorgamiento y la celebración de los contratos de minería en un área administrativa determinada de aquel resultante de la reestructuración, cual es el subsector de minas. Igual sucede con el artículo 5o., numeral 7o. *ibídem.*

4-. El actor omite mencionar aquellas disposiciones de carácter especial que establecen el régimen de los recursos naturales no renovables en Colombia y atribuyen su propiedad de manera exclusiva al Estado, sin importar el sitio de la república en que se encuentren. Del contenido del artículo 332 de la Constitución se infiere que el derecho de propiedad del Estado sobre tales recursos, no tropieza en el plano constitucional con las limitaciones o excepciones que el demandante quiere atribuirle.

El artículo 360 *ibídem* consagra que la ley determinará las condiciones para la explotación de dichos recursos y la ley no es el Decreto 2119 de 1992, sino el Decreto 2655 de 1988.

No se viola el artículo 58 de la Constitución porque la propiedad no es un derecho ilimitado, sino sujeto a obligaciones que se manifiestan en su función social y ecológica, limitado por la primacía del interés público sobre el particular.

La concesión que haga el Estado a los particulares no contraría el artículo 63 *ibídem,* porque en uno y otro caso se trata de materias diferentes. El otorgamiento de títulos sobre yacimientos mineros ubicados en bienes de uso público no equivale a su enajenación ni implica transferencia de dominio de la globalidad de dichos bienes. Una cosa es un bien de uso público y otra son los yacimientos minerales.

5-. La reestructuración de entidades de la Rama Ejecutiva implica la introducción de modificaciones en la estructura orgánica y hace indispensable la reasignación de funciones. En este sentido, las funciones que la Ley la. de 1984 fijó al Ministerio de Minas debían revisarse para suprimir de ellas aspectos que no le permitían a éste ceñirse al papel que la Carta le asignó para fortalecer su capacidad de acción.

Las funciones generales del Ministerio se ajustan a los planes de desarrollo que la Carta le impuso al Gobierno elaborar; las funciones en materia ambiental no colisionan con las competencias asignadas en aquella; la función consagrada en el artículo 7o. conjuga con los principios de delegación por servicios y territorial en los cuales hace especial énfasis la Carta de 1991; y las funciones de los ordinales 5o. y 10 a 13 del artículo 5o., no son nuevas pues ya estaban asignadas en las Leyes 1a. de 1984 y 51 de 1989.

6-. Una ley no puede infringir otra. Y nada impide que el Decreto 2119 de 1992, por ser de igual jerarquía que el Decreto 2655 de 1988 hubiera modificado los artículos 8 y 48 de éste.

III-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO DENTRO DEL EXPEDIENTE No. 2324

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, estima que el Gobierno sólo podía al proponerse reestructurar los organismos de que trata el decreto acusado, adecuar la estructura de manera que facilitase el cumplimiento de sus cometidos. Es decir, sólo estaba habilitado para suprimir, fusionar o reestructurar los entes estatales sin poder ir más allá de modificar la estructura de los organismos del Estado, como lo hizo en el ordinal 8 del artículo 3o. al atribuir al Ministerio de Minas una jurisdicción conciliadora, reservada según el artículo 116 de la Carta a las entidades administrativas a las que la ley les confiere tal atribución transitoria, por lo cual debe ser anulado.

En cuanto a los ordinales 6o. y 7o. del artículo 5o. no puede predicarse la creación de nuevas funciones por fuera del ordenamiento legal preexistente por lo cual deben denegarse las súplicas 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

Como quiera que en el evento *sub-lite* se plantean cargos que atañen a la totalidad del Decreto 2119 de 1992, es menester en primer término hacer un pronunciamiento respecto de los mismos.

1-. En la demanda radicada bajo el expediente No. 2373 el actor, en el cargo tercero, invoca por parte del decreto en mención la violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

Al respecto, observa la Sala lo siguiente:

a): Conforme se lee a folios 4 a 7 del cuaderno de anexos del expediente, la reestructuración del Ministerio de Minas y Energía y del Instituto de Asuntos Nucleares IAN obedeció, entre otros aspectos, a que la responsabilidad del Ministerio frente a la fijación de políticas, investigación técnica, vigilancia y cumplimiento de normas técnicas, planeación, estadística, reglamentación, etc., del sector minero y energético no ha sido asumida en su integridad, además que no se cuenta con la infraestructura necesaria para realizarla directamente, por lo cual se requiere estimular a las entidades descentralizadas para adelantar proyectos de investigación con sujeción a los planes sectoriales de desarrollo de la minería, los hidrocarburos y la energía eléctrica.

La incapacidad de atender tales aspectos impide que la función administrativa se desarrolle conforme a los principios que consagra la Carta Constitucional en su artículo 209, y esta circunstancia de suyo justifica una modificación en la estructura orgánica de una entidad y por ende en las funciones que sus distintas dependencias deban ejercer.

La consonancia de que trata la norma transitoria no se circunscribe única y exclusivamente a la redistribución de competencias y recursos que la Constitución establece, pues aun cuando sí quiso el Constituyente hacer énfasis en este tópico cuando empleó la expresión "y en especial", ello no significa que solamente en la medida en que se requiriera adecuar la estructura de las entidades de la Rama.Ejecutiva y de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta del orden nacional, a la redistribución de competencias y recursos que la Carta prevé, podía hacerse uso de las facultades de suprimir, fusionar o reestructurar, entre otras razones, porque la reforma constitucional no versó solamente sobre tal redistribución de competencias sino que abordó otras materias de vital importancia para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Así lo expresó la Sala en la sentencia de 15 de diciembre de 1993, expedientes acumulados Nos. 2391, 2367, 2429 y 2387.

Por lo demás, la no invocación de las normas constitucionales en el texto del acto acusado, a que alude el actor, no puede por sí sola entrañar la nulidad del acto acusado, ya que lo que en realidad interesa y es verdaderamente relevante, es que el organismo encargado de proteger los recursos naturales, prevenir y controlar el deterioro ambiental; intervenir en la explotación de los recursos naturales y en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes para mejorar la calidad de vida de los habitantes, etc., asuma tales responsabilidades, y en este caso, según se infiere del artículo 3o. del decreto en estudio que señala las funciones generales del Ministerio de Minas y Energía, aquellas no han sido evadidas.

Por lo anterior, no está llamado a prosperar el cargo.

b): En lo que toca con los cargos que endilga el actor al mencionado decreto en los literales b. y c. del cargo tercero, de prorrogar el plazo de la facultad legislativa transitoria y de delegar en la Junta Directiva del IAN la reestructuración que le correspondía al Gobierno, son valederas las consideraciones que sobre un aspecto similar hizo la Sala en la sentencia citada *ab initio*, en la cual expresó:

> "... esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencias de 9 de septiembre de 1993 (expediente 2309) y 11 de noviembre de 1993 (expediente 2400), ha precisado que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, por la materia que regulan, que son las mismas que ésta le atribuye en forma ordinaria al Congreso de la República (artículo 150, numeral 7o.), tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar imposibilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno Nacional.
>
> De tal manera que difieren sustancialmente de las funciones de carácter administrativo que en forma **permanente** ejercen las juntas y consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales

del Estado, por mandato expreso de los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1968, para adecuar la estructura interna y la planta de personal a las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se hubieran adoptado en desarrollo del precepto constitucional transitorio.

Por esta razón, la indicación del plazo de 12 meses contado a partir de la publicación del Decreto 2124 de 1992 a que se contraen los artículos 11 y 23 *ibídem*, para que la Junta Directiva de ADPOSTAL, cuya conformación fue prevista en el artículo 5o. del mismo decreto, adecue la estructura interna y la planta de personal, ha de entenderse circunscrita al fin específico de los efectos de la decisión de reestructuración adoptada y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de ella resulten privadas de su cargo o empleo, sin que ello de ninguna manera constituya prórroga o ampliación del término previsto en el artículo transitorio 20, pues, como ya se dijo, las funciones que éste prevé y las asignadas en el decreto en estudio ostentan una naturaleza diferente...".

Cabe advertir además que los razonamientos antes expuestos frente a la competencia de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, conservan virtualidad frente a la competencia que tiene el Ejecutivo en forma permanente en tratándose de la facultad administrativa que le atribuye la Carta Política en el articulo 189, numerales 14 a 16, respecto de las entidades administrativas pertenecientes a la administración central.

En consecuencia, no está llamado a prosperar el cargo y por ende habrá de levantarse la suspensión provisional de los efectos de las expresiones relativas al plazo contenidas en los artículos 49 a 51 y 65 del decreto cuestionado.

c): En lo que atañe al cargo de no haber tenido en cuenta el decreto acusado, las recomendaciones y evaluaciones de la Comisión Asesora, la Sala estima que no tiene vocación de prosperidad ya que, como lo ha manifestado reiteradamente, la finalidad buscada por el Constituyente en el artículo transitorio 20 fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conocimientos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha Comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así, quien vendría a asumir las facultades allí previstas, habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarlas a efecto.

2-. En lo concerniente a los cargos primero y segundo que hace el actor a los artículos 47 a 52 del Decreto 2119 de 1992, que regulan la supresión de cargos o empleos consecuencia de la facultad de reestructurar, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Esta Corporación en diversos pronunciamientos ha considerado, y ahora lo reitera, que cuando el Constituyente confirió al Gobierno Nacional las facultades de que trata el artículo transitorio 20, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los

cargos o empleos que no demandara las necesidades del servicio, ello en desarrollo de la aplicación del principio de la primacía del interés general sobre el particular, lo que no exonera al Estado de la obligación de indemnizar los perjuicios que se puedan irrogar a los titulares de aquellos, como consecuencia de la decisión adoptada.

De otra parte, ha estimado la Sala que cuando de la aplicación del principio de la primacía del interés general se trata no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en la carrera administrativa. Y teniendo los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en la norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar como causal de retiro la supresión de un cargo o empleo como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión de la entidad, por lo cual no se transgrede el artículo 125 de la Carta y sí por el contrario guarda armonía con él.

Finalmente, atendiendo a la naturaleza de los decretos expedidos en desarrollo de la facultad excepcional transitoria, no cabe predicar su violación frente a normas de igual o inferior jerarquía, lo cual hace que no sea de recibo la confrontación del acto acusado con las normas de los Decretos 2400 de 1968 y 1050 de 1973.

Por lo expuesto habrán de denegarse las pretensiones de la demanda radicada bajo el expediente No. 2373, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

3-. Para el estudio de los cargos que endilga el actor en la demanda radicada bajo el No. 2324, es preciso consultar el contenido de las normas acusadas.

El artículo 3o. del Decreto 2119 de 1992, señala las funciones generales del Ministerio de Minas y Energía en relación con sus subsectores.

El numeral 8o. enjuiciado estatuye:

"Sin perjuicio de la competencia jurisdiccional proponer fórmulas de solución a los conflictos que puedan presentarse entre las empresas del sector de minas y energía".

Según el actor, dicho precepto transgrede los artículos transitorio 20 y 116 de la ConstituciónPolítica.

Sobre el particular estima la Sala que no le asiste razón al demandante y en consecuencia habrá de desecharse el cargo. En efecto, la modificación de la estructura de una entidad lleva aparejada la asignación de funciones que deben desarrollar los distintos niveles o dependencias que la conforman, por esta razón no puede predicarse el quebrantamiento del artículo transitorio 20, pues esta norma facultó al Gobierno Nacional entre otras atribuciones, para reestructurar las entidades que allí se mencionan, y no se estaba refiriendo, como lo sostiene el apoderado de la demandada, sólo a

la parte orgánica o estática de la administración, sino también a la parte dinámica o funcional que le da razón de ser a aquella.

Teniendo, como ya se dijo, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en la preceptiva transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la ley, podía el Gobierno, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 116 de la Carta "atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas", como es el caso de la conciliación que se consagra en la norma en estudio, lo cual no resulta extraño si se tiene en cuenta que desde la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 ya esta función había sido atribuida a autoridades administrativas, como por ejemplo a las inspecciones del trabajo, y bajo la vigencia de la actual Carta, el Estatuto General de la Contratación de la Función Pública, prevé fórmulas de arreglo para dirimir controversias surgidas del contrato, lo cual en cierta medida contribuye a cumplir con uno de los fines esenciales del Estado como lo es asegurar la convivencia pacífica.

4-. El artículo 5o. del decreto acusado consagra las funciones específicas del Ministerio de Minas y Energía en relación con el subsector de minas.

Establece su ordinal 6o.:

> "Tramitar las solicitudes de títulos mineros, otorgarlos y celebrar contratos de minería, de conformidad con la ley, sobre los yacimientos minerales de propiedad de la nación, ubicados en cualquier área del territorio nacional, y de los espacios marítimos o trayectos fluviales".

Frente a esta disposición el actor endilga la violación de los artículos transitorio 20, 8o., 58, 63, 82 y 101 de la Carta Política.

Al respecto estima la Sala lo siguiente:

Del texto de la norma transcrita no se infiere, como argumenta el actor, que el Gobierno Nacional esté legislando sobre títulos mineros, contratos mineros y yacimientos minerales de propiedad de la Nación y que por lo mismo se infrinja el artículo transitorio 20, pues la función allí prevista, de una parte ya había sido asignada al Ministerio de Minas (artículo 16 en concordancia con los artículos 30, 31 y 323 del Decreto 2655 de 1988), y de otra parte, el precepto acusado es claro en cuanto ordena sujetarse a la ley para el ejercicio de dicha función, ley esta que corresponde al aludido decreto.

Parte el actor de la premisa que por ser los yacimientos minerales bienes de uso público, el Gobierno no puede respecto de los mismos otorgar títulos mineros ni celebrar contratos de minería. Sobre el particular cabe advertir:

El artículo 102 de la Constitución Política, al igual que la Carta de 1886 prevé que "El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación".

El artículo 3o. del decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), establece que de conformidad con la Constitución Política todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible, y que en ejercicio de dicha propiedad podrá explorarlos y explotarlos a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares el derecho a hacerlo o reservarlos temporalmente por razones de interés público. Todo ello sin perjuicio de los derechos constituidos en favor de terceros, cuyas situaciones jurídicas subjetivas y concretas se hubieren perfeccionado antes del 22 de diciembre de 1969, fecha en que entró a regir la Ley 20 de 1969.

El artículo 16 *ibídem* define el título minero como el acto administrativo escrito mediante el cual, con el lleno de los requisitos señalados en dicho código, se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad de la Nación, y que tienen tal carácter las licencias de exploración, los permisos, las concesiones y los aportes.

De lo anterior infiere la Salaque el otorgamiento de títulos mineros y la celebración de contratos de minería al no implicar disposición o transferencia del dominio del bien, esto es, al no afectar su condición de inenajenabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, no quebrantan las normas constitucionales que invoca el actor, dado que estas no prohiben la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros, y en cuanto al artículo 58, el Decreto 2655 de 1988, ley a la que debe sujetarse el decreto acusado, garantiza los derechos constituidos a favor de terceros.

Por lo anterior no es de recibo este cargo.

El numeral 7o. *ibídem* preceptúa:

> "Constituir, de conformidad con la legislación vigente, reservas minerales especiales con fines de investigación sobre cualquier área minera del dominio continental o insular de la República, de las aguas territoriales o de la plataforma submarina y aportarlas a sus organismos descentralizados o entidades financieras oficiales, cuyas funciones tengan relación con la exploración y explotación minera.

Según el actor, esta norma vulnera el artículo transitorio 20, por no estar en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional (artículos 2o., 8o., 58, 63, 79, 12, 80, 300, numeral 2o. y 317, numeral 7o.) y adicionalmente los artículos 8o. y 48 del Decreto 2655 de 1988.

En relación con este cargo, además de ser valederas las consideraciones hechas en el cargo anterior, la Sala agrega lo siguiente:

1 -. Por tener el decreto acusado la misma fuerza o entidad normativa que la ley, no puede predicarse su violación frente a normas de igual jerarquía, lo cual hace improcedente la confrontación entre la norma transcrita y los artículos 8o. y 48 del Decreto 2655 de 1988.

2-. Constituir reservas mineras especiales con fines de investigación es una forma de proteger las riquezas de la Nación (artículo 8o. de la Constitución Política) y de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 80 *ibídem*), lo cual en últimas contribuye a garantizar la realización de los fines esenciales del Estado (artículo 2o. *ibídem*)

3-. La Carta Política en su artículo 79, defiere a la ley la reglamentación para garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que respecto del ambiente sano puedan afectarla. Dicha ley no es el Decreto 2119 de 1992 y por lo mismo no puede endilgársele la omisión a que le alude el actor.

4-. De la misma manera, en lo que respecta a la transgresión del artículo transitorio 20, por no estar en consonancia la norma en estudio con el artículo 300, numeral 2o. de la Carta Política, tampoco tiene asidero el cargo, dado que el artículo 3 defiere a la ley la reglamentación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos, y dicha ley no es el Decreto 2119 de 1992.

5, Finalmente, la no reglamentación de los usos del suelo a que se contrae el artículo 313, numeral 7o. de la Carta, por guardar relación con el aspecto urbanístico y de planeación municipal y no con yacimientos mineros, descarta la violación que invoca el actor del artículo transitorio 20.

Por lo anteriormente expresado, habrán de denegarse las súplicas de la demanda radicada bajo el expediente No. 2324.

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 súplicas de las demandas instauradas en los expedientes Nos. 2324 y 2373.

2o)-.LEVANTASE la suspensión provisional de las expresiones relativas al plazo para ejecutar la decisión de reestructurar contenidas en los artículos 49 a 51 y 65 del Decreto 2119 de 1992.

3o): DEVUELVANSE a los actores las sumas de dinero depositadas para gastos del proceso que no fueron utilizadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 17 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DOCUMENTOS/FOTOCOPIA AUTENTICADA-Valor Probatorio

La Sala considera que al fijarse en el artículo 2o. de la norma acusada el valor de $100.oo por cada fotocopia autenticada de los documentos que se soliciten en ejercicio de petición, ella incurre en transgresión de las disposiciones invocadas en la demanda, pues si, como se analizó en el cargo precedente, el inciso 2o. del artículo 17 de la Ley 57 de 1985, señala expresamente que "en ningún caso el precio fíjado podrá exceder al costo de reproducción", la Electrificadora del Tolima S.A. no podía válidamente establecer un precio diferente a dicho costo por la circunstancia de expedir fotocopias autenticadas, ya que la referida disposición no diferencia entre el precio de las copias simples o de las autenticadas. DECLARA LA NULIDAD del artículo 2o. de la resolución 0100 de 24 de febrero de 1992, expedida por la Electrificadora del Tolima S.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2264. Actor: Belisario Beltrán Bastidas.

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 Belisario Beltrán Bastidas 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 resolución No. 0100 de 24 de febrero de 1992, `pormedio de la cual se reglamenta el cobro de las fotocopias expedidas por la Empresa`, emanada de la Electrificadora del Tolima S.A.

Cabe precisar que la demanda se presentó y tramitó ante el Tribunal Administrativo del Tolima y que en el curso del trámite del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentenciada primera instancia, esta Corporación, por auto de 13 de mayo de 1993 (fls. 10 a 11, cdno. No. 4), declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, en razón de que se trata de un proceso de nulidad de un acto administrativo del orden nacional, cuya competencia para conocer de él está radicada en el Consejo de Estado, en única instancia, por mandato del artículo 128-1 del C. C. A.

I- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

Mediante el citado acto, la gerencia de la Electrificadora del Tolima, S.A., facultades legales conferidas por los artículos 16 y 22 en el artículo 40, literal a), fijó en $50.oo el valor de cada fotocopia simple y en $100.oo el valor de cada fotocopia autenticada "... que se solicite por persona extraña a la Empresa, con el debido trámite administrativo" (arts. lo. y 2o.); dispuso que dichos pagos "... se harán por la persona interesada en la Sección de Crédito y laTesorería de la Empresa en horas hábiles y con el recibo de caja le serán entregadas las fotocopias solicitadas en la Subgerencia Administrativa (art. 3o.) y determinó la fecha de su vigencia.

b.- Los hechos de la demanda

Ellos son los siguientes (fl. 6, cdno. ppal.):

1.- Con fundamento en el artículo 24 del C. C. A., subrogado por el artículo 17 de la Ley 57 de 1985, y en el artículo 16 de aquel estatuto, la Electrificadora del Tolima S.A., expidió la resolución No. 0100 de 24 de febrero de 1992, por medio de la cual reglamentó el precio de las fotocopias que ella expidiera, fijando un precio de cincuenta pesos ($50.oo) para las fotocopias corrientes y de cien pesos ($100.oo) para las fotocopias autenticadas.

2.- La Electrificadora del Tolima es una Empresa de Economía Mixta del orden Nacional en la que el Estado posee más del 50% de su capital social, por lo cual se somete al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

3.- El objeto de la resolución que se demanda es ponerle precio a las fotocopias que se solicitan en ejercicio del derecho de petición.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto- de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron el artículo 23 de la Constitución Política y 24 del C. C. A., que fuera subrogado por el artículo 17 de la Ley 57 de 1985, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 6 a 7 del cdno. ppal.):

La primera de las normas citadas establece lo relacionado con el derecho de petición que tiene todo ciudadano, y la segunda previene que en ningún caso el precio fijado para la expedición de copias, puede exceder el costo de la reproducción de las mismas. Sin embargo, como se puede apreciar en el texto de la resolución, se fija un valor a aquellas igual al 200% del valor que tiene una fotocopia en cualquier establecimiento comercial que se dedica a tal efecto; o supera el precio que tienen otros establecimientos del Estado, como por ejemplo la Beneficencia del Tolima.

Por otra parte, la resolución impugnada establece el cobro por la diligencia de autenticación de las fotocopias que realice la misma empresa, lo que la ley en ninguna parte autoriza, por cuanto el funcionario encargado de esta labor en la Electrificadora depende de un sueldo y no del valor de la autenticación de las fotocopias.

La resolución demandada lo que quiso, entonces, fue colocar un precio tan alto para la expedición de fotocopias que limitara el derecho de petición consagrado en la Carta Política.

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 23 a 24, cdno. No. 4):

La Electrificadora del Tolima S.A, expidió el acto acusado con fundamento en los artículos 16 del C. C. A. y 17 y 18 de la Ley 57 de 1985, y haciendo uso su representante legal de la facultad a él conferida por los artículos 16 y 22 del Decreto 3130 de 1968 y por el artículo 40, literal a) de sus estatutos.

La resolución demandada no limita el derecho de petición de los particulares a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a solicitar copia de los mismos. El haberse establecido el valor de las fotocopias que se expidan "... obedece entre otras cosas a que las fotocopiadoras al servicio, no son de propiedad sino arrendadas, lo que indica un costo para la misma empresa".

Si el actor estimaba elevado el valor de las fotocopias debió haber hecho uso del derecho que le otorga el artículo 18 de la Ley 57 de 1985, es decir, haber solicitado a la Electrificadora del Tolima S.A. la indicación del sitio en el cual uno de sus empleados hubiese podido sacar las mismas, a costa del peticionario.

e.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C. C. A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 18 de junio de 1993 se admitió la demanda, se dispuso darle el trámite de rigor y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 14 a 19, cdno. No. 4).

Mediante providencia de 3 de noviembre de 1993, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 71 a 72 *ibídem*).

Por auto de 22 de noviembre de 1993 se dispuso correr traslado a las partes y a la señora procuradora primera delegada ante esta Corporación para que formulasen sus alegatos de conclusión. De este derecho no hicieron uso las partes.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, solicita la declaratoria de nulidad del acto acusado, pues considera, en síntesis, lo siguiente (fls. 6 a 8 del cdno. No. 4):

El acto acusado fue dictado sin la observancia de los artículos 23 y 74 de la Constitución Política, 17 y 24 del C. C. A. y 17 y 18 de la Ley 57 de 1985, porque si bien es cierto que la ley 58 de 1982 en su artículo 1o. y la Ley 57 de 1985, en su artículo 15, señalan que la tramitación interna de las peticiones se reglamentará por cada entidad y la autorización, la concederá el jefe respectivo, no es menos cierto que por la época en que se dictó tal acto, el costo allí señalado desbordaba la tarifa común que se cobraba normalmente por ese concepto.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos las razones en que se fundamenta el actor para predicar que el acto acusado incurre en violación de los artículos 23 de la Constitución Política y 17 de la Ley 57 de 1985, a saber:

1o.- Que el valor de $50.oo fijado en su artículo 1o. por cada fotocopia de documento público que se expida a los particulares como consecuencia del ejercicio del derecho de petición, es igual al 200% del precio que cobra cualquier establecimiento comercial que se dedica a esa actividad, o supera el valor que tienen establecido otras entidades del Estado.

2o.- Que ninguna disposición legal autoriza a las oficinas públicas el cobro de la diligencia de autenticación de las fotocopias que se expidan a los particulares como consecuencia del ejercicio del citado derecho de petición.

En relación con la primera de dichas razones, la Sala se encuentra ante la imposibilidad jurídica de concluir que el artículo 1o. de la resolución demandada incurra en violación de las citadas disposiciones constitucional y legal, pues si bien es cierto que el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 57 de 1985, señala que en ningún caso el precio que se fije por las oficinas públicas para la expedición de copias de los documentos solicitados en ejercicio del derecho de petición puede "... exceder el costo de su reproducción", en el asunto *sub júdice* el accionante no aportó ni solicitó la práctica de prueba alguna tendiente a demostrar que el valor de $50.oo allí fijado para tales copias, fuese superior al costo que para la Electrificadora del Tolima S.A. implicaba su

reproducción. Adicionalmente la Sala considera que la situación descrita no sufre variación alguna por el hecho de haberse demostrado en el proceso que la Beneficencia del Tolima, tiene fijado un precio menor para las fotocopias de documentos públicos que expida como consecuencia del ejercicio del derecho de petición, pues no sólo se trata de una entidad distinta a la aquí demandada, sino que de ello no puede concluirse que los costos de reproducción de tales documentos deban ser iguales para todas las oficinas públicas, y que los mismos dependerán de las circunstancias particulares de cada entidad u organismos del Estado.

Por lo que respecta a la segunda razón expuesta por el accionante, la cual se relaciona con lo dispuesto en el artículo 2o. del acto acusado, la Sala considera que al fijarse en dicha norma el valor de $100.oo por cada fotocopia autenticada de los documentos que se soliciten en ejercicio en derecho de petición, ella incurre en transgresión de las disposiciones invocadas en la demanda, pues si, como se analizó en el cargo precedente, el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 57 de 1985, señala expresamente que "en ningún caso el precio fijado podrá exceder al costo de reproducción", la Electrificadora del Tolima S.A. no podía válidamente establecer un precio diferente a dicho costo por la circunstancia de expedir fotocopias autenticadas, ya que la referida disposición no diferencia entre el precio de las copias simples o de las autenticadas.

En consecuencia, la Sala procederá a declarar la nulidad del artículo 2o. de la resolución acusada y a denegar las demás súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DECLARASE la nulidad del artículo 2o. de la resolución No. 0100 de 24 de febrero de 1992, expedida por la Electrificadora del Tolima S.A.

Segundo.- DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Tercero.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al Gerente de la Electrificadora del Tolima S.A.

Cuarto.- En firme este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO-Reestructuración/ **DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**-Temporalidad/**GOBIERNO NACIONAL**-Facultades/**SUPRESION DE EMPLEOS**

El señalamiento del paso para que la autoridad competente adecue la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas dentro del término de 18 meses previsto en el articulo transitorio 20 de la Constitución, no puede ser considerada 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 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. En efecto reiteradamente esta Corporación en diversos pronunciamientos, ha manifestado que las facultades de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el artículo transitorio 20 de la Carta, llevan ínsita 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, y que la regulación de la carrera administrativa no confiere un derecho incondicional al empleado a permanecer en el empleo, ello en desarrollo del principio de la primacía del interés general sobre el particular, mediando obviamente la indemnización de

los perjuicios que se irroguen al titular de dicho cargo o empleo que como consecuencia de la decisión adoptada resultara privado del mismo. Es decir, que el Gobierno Nacional en ejercicio de las citadas atribuciones constitucionales podía válidamente establecer, como efectivamente estableció en los actos acusados, un régimen especial y transitorio de indemnizaciones, de aplicación preferencial sobre los regímenes ordinarios, por estar referido e íntimamente vinculado con el proceso de modernización del Estado. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 107 del Decreto 2112 de 1992, en la expresión: "Dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia", decretada en el auto admisorio de la demanda, de fecha 17 de mayo de 1993.

DERECHOS DE LAS PERSÓNAS DE LA TERCERA EDAD

La Sala considera que si bien el artículo 46 de la Carta Política consagra el deber del Estado de concurrir a la protección y asistencia de la tercera edad, ello no puede interpretarse válidamente en el sentido de que esta circunstancia los habilite para recibir más de una asignación del Tesoro Público, lo cual prohíbe expresamente y sin distingos el artículo 128 *ibídem.* LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 107 del Decreto 2112 de 1992, en la expresión "dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia", decretada en el auto admisorio de la demanda, de fecha 17 de mayo de 1993.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2321. Actor: Oscar José Dueñas Ruiz.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda interpuesta por el ciudadano Oscar José Dueñas Ruiz, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C. C. A., contra los artículos 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 (parcialmente) 98, 99 (parcialmente), 100, 103 y 107 del Decreto 2112 de 29 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Ministerio de Hacienda y CréditoPúblico", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I.- ANTECEDENTES

a.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

A continuación se resumen las acusaciones que el actor formula en contra de las normas cuya declaratoria de nulidad solicita, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión (fls. 96 a 108 y 196 a 198).

Primer cargo.- Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución, pues si el término señalado en dicha norma para el ejercicio de las atribuciones allí conferidas lo fue por 18 meses a partir de la vigencia de la Carta Política, el Gobierno no podía disponer en los artículos 91 y 107, acusados su prórroga en tres meses a partir de la fecha de publicación del decreto, "ni mucho menos dejarse al arbitrio de un Ministerio el desarrollo de una norma constitucional".

Además, el Gobierno no tuvo en cuenta la evaluación y recomendaciones de la Comisión de expertos, establecida en dicha norma constitucional, pues es de público conocimiento que los consejeros de Estado que de ella formaron parte, formularon reparos que no se tuvieron en cuenta, "... y por ende se violó el espíritu de concertación que debía animar a la mencionada Comisión", ya que en ninguna parte de dicha norma se dice que en la COMISION DE EXPERTOS se tendrá en cuenta la mitad más uno".

Segundo cargo.- El artículo 88, que trata sobre el campo de aplicación de las disposiciones laborales transitoriascontenidas en el Capítulo VIII del decreto acusado, confunde la supresión del empleo con la no incorporación en la nueva planta de personal, lo cual va a permitir que se cometan innumerables atropellos, pues existe el antecedente de que el 30 de noviembre de 1992 se dispuso el retiro de más de 600 funcionarios de la División General de Aduanas con la tesis de que no habían sido incorporados en la nueva planta de personal. Si el 99% de dichos funcionarios no tenían en su contra investigación disciplinaria alguna, ello implica que la racionalización no fue la causa de la no incorporación, y por ello se atenta contra el derecho adquirido a la estabilidad de quienes están en carrera aduanera, consagrado en el artículo 125 de la Constitución.

Tercer cargo.- El artículo 89 acusado, el cual establece que la supresión de un empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad y el reconocimiento de las pensiones de jubilación, dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos, incurre en violación del artículo transitorio 20 de la Constitución por las mismas razones expresadas en el primer cargo y, además, el vínculo legal entre la administración y sus jubilados no desaparece por el reconocimiento de la pensión, ya que lo que desaparece es el vínculo reglamentario. Adicionalmente, el mencionado artículo 89 viola los derechos adquiridos de quienes teniendo más de 10 años de servicios y más de 50 si es varón, y de 45 si es mujer, se les retira antes de los 60 años. Por último, de acuerdo con los artículos 17 y 18 de la Ley 6a. de 1945 y con sentencia de la Corte Constitucional, la pensión " ... es un salario diferido al trabajador, es algo justo y humano que no puede considerarse como el castigo que impide la indemnización".

Cuarto cargo.- El artículo 90 acusado, que autoriza al Ministerio a suprimir de la nueva planta de personal los empleos o cargos vacantes y aquellos que no fueren necesarios, viola los artículos 53 y 125 de la Carta, pues "la igualdad de oportunidades no consiste en que quien esté en un empleo lo deje para que otro entre".

Quinto cargo.- El artículo 91, que trata sobre el "Programa de supresión de empleos", viola el artículo transitorio 20 de la Carta, pues prorroga en tres meses el cumplimiento de sus mandatos. Además debe tenerse en cuenta que si la autoridad competente para ejecutar la decisión de suprimir empleos o cargos es la Comisión de Expertos, ella ya no existe porque sólo tuvo vida jurídica durante 18 meses.

Sexto cargo.- El artículo 92, que autoriza el traslado de servidores públicos a otro cargo, cuando a ellos se les haya suprimido su empleo, lo cual deberá hacerse dentro de los 3 meses siguientes a la vigencia del decreto acusado, implica una prórroga del término de 18 meses señalado en el artículo transitorio 20 de la Carta para el cumplimiento de sus mandatos y desconoce el artículo 39 de la Constitución, que reconoce el fuero sindical.

Séptimo cargo.- El artículo 93 acusado, que regula lo concerniente a las plantas de personal, viola los artículos 20 transitorio y 189-16 de la Constitución por cuanto corresponde al Presidente de la República y no al ministro la creación, supresión o fusión de empleos, menos aún amparándose en unas facultades que ya vencieron. "Esto desquicia el preámbulo de la Constitución de 1991".

Octavo cargo.- Los artículos 94 y 95 acusados, que regulan el régimen de las indemnizaciones de los empleados públicos escalafonados y de aquellos que encontrándose en período de prueba en carrera administrativa, se les suprime el empleo como consecuencia de la reestructuración, atentan contra el derecho a la igualdad, pues cabe observar "... que en el mismo año de 1992, también invocándose la REESTRUCTURACION, se desarrollaron planes mixtos de retiro compensado que contemplaban una indemnización tarifada superior a la que establece el Decreto 2112". De otra parte, si "la indemnización es una reparación que se da a la víctima para obtener satisfacciones equivalentes a la pérdida o perjuicio sufrido, ... (...) era más justo permitir la cuantificación con base en el daño emergente y el lucro cesante como ya lo decía la Ley 6a. de 1992 para los funcionarios de Aduanas".

Noveno cargo.- El artículo 96 que consagra el pago de una bonificación para los empleados públicos con nombramiento provisional a quienes se les suprima el cargo como consecuencia de la reestructuración, "... no puede violentar los principios de igualdad, protección al trabajo. Y al hacerlo, desconoce los mandatos constitucionales", pues califica como han bonificación lo que en realidad es una indemnización por retiro no voluntario y sin justa causa.

Décimocargo.- El artículo 97, el cual determina que para los efectos del régimen de indemnizaciones o bonificaciones, "el tiempo de servicio continuo se contabilizará a partir de la fecha de la última o única vinculación del empleado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público", es abiertamente inconstitucional en la parte transcrita entre comillas, ya que deja de lado el tiempo trabajado en el mismo Ministerio y en otras instituciones del Estado, por efecto de que a consecuencia de las nuevas incorporaciones que se hicieron en el Ministerio durante 1991 y 1992, los funcionarios que fueron ascendidos cambiaron de vinculación, lo cual implica que al aplicar la norma demandada

"... se violaron los derechos adquiridos de quien llevando, por ejemplo, más de 15 años, hubiere sido incorporado en la DAF en 1991 o en la División General de Aduanas en 1992".

Décimoprimer cargo.- El artículo 98, el cual establece que a los empleados públicos a quienes se les suprima el cargo y tengan causado el derecho a una pensión no se les podrá reconocer ni pagar las indemnizaciones o bonificaciones, es inhumano e inconstitucional, pues la nueva Carta Política protege la tercera edad. Igualmente, carece de presentación que antes de aplicar el artículo transitorio 20, se pagara indemnización por retiro y con la norma acusada, se pierda tal derecho. "Si el trabajador no ha solicitado su desvinculación, el Estado no puede castigarlo con la disminución de algo a lo cual sí tienen derecho quienes no están cercanos a la tercera edad". También es inconstitucional el inciso segundo del artículo acusado, pues desborda la norma transitoria al establecer una sanción monetaria alos exfuncionarios de la tercera edad, por un hecho imputable al Estado, como es la de exigir la devolución del monto cubierto por concepto de indemnización bonificación en el caso de que luego se reclame y se obtenga una pensión.

Décimosegundo cargo.- El artículo 99, que establece los factores salariales para liquidar las indemnizaciones y bonificaciones, nada tiene que ver con la redistribución de las competencias y los recursos. Tales factores son calificados por el juez y el gobierno no puede dejar de lado otros elementos del salario, por ejemplo los viáticos cuando estos superan los 180 días al año.

Décimotercer cargo.- El artículo 100 "... viola toda la estructura que la Constitución fija para el Estado colombiano", pues prohibe que el tiempo laborado en otras dependencias del Estado, diferentes del Ministerio de Hacienda, pueda ser tenido en cuenta para calcular el monto de la indemnización bonificación, como quiera que el Ministerio no es el empleador, la relación laboral se da entre el Estado y el trabajador.

Décimocuarto cargo.- El artículo 103, el cual señala que las indemnizaciones y bonificaciones sólo se reconocerán a los empleados públicos que estén vinculados al Ministerio en la fecha de vigencia del decreto acusado, consagra una restricción que "... peca contra la favorabilidad en la interpretación y contra la igualdad que la Constitución consagra", pues lo allí dispuesto significa que quienes se retiraron antes del 29 de diciembre de 1992 no pueden invocar la indemnización tarifada, así fuere más favorable, y que quienes empiecen a laborar en 1993 y luego sean retirados, tampoco pueden recibir indemnización.

Décimoquinto cargo.- El artículo 107 acusado, en el cual se determina que el Gobierno establecerá la planta de personal dentro de los tres meses siguientes a la vigencia del decreto, viola el artículo transitorio 20 de la Carta, por las razones en que se fundamenta el auto que decretó su suspensión provisional. El hecho de que mediante la Ley 35 de 1993 se haya facultado al Gobierno para modificar la estructura y funciones del Ministerio de Hacienda, significa que su planta de personal no podía adoptarsecon base en el decreto demandado, por no tener el carácter de ley, sino de acuerdo con los términos dispuestos por el legislador.



b.- 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. 170 a 186 y 199 a 222):

En relación con el primer cargo.- Las disposiciones del decreto acusado no atribuyen competencia alguna al Gobiemo, sino que al Presidente de la República, como, "autoridad competente" se le precisa la atribución que tiene para suprimir empleos en razón de la reestructuración ocurrida por la expedición de la nueva Carta Política. Es decir, los actos acusados no amplían las facultades excepcionales que el Gobierno tenía por tiempo limitado, sino que ellas fueron ejercidas dentro del término fijado por la Constitución. Sobre este punto se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 9 de septiembre de 1993 (exp. No. 2309). En relación con las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión de que trata el artículo transitorio 20 de la Carta, en la citada sentencia se anota que ellas no tenían carácter obligatorio para el Gobierno, pues debe entenderse "... que el querer del Constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo... (...) ... asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar".

En relación con el segundo cargo.- A pesar de que el artículo 125 de la Carta establece que los empleos del Estado son de carrera, ello no puede entenderse que resulte imposible suprimir los cargos y empleos o desvincular a los trabajadores que los ostentan, pues se llegaría incluso a afectar el interés general en beneficio de situaciones particulares. Se anota, igualmente, que con la expedición del decreto acusado, el Gobierno realiza los fines del Estado pues vela por la prosperidad general, es decir, la prevalencia del interés general y, si bien se ve en la necesidad de suprimir empleos, establece un régimen de indemnizaciones para quienes por razón de la supresión ordenada por el Constituyente deban ser desvinculados de la entidad.

En cuanto a los derechos adquiridos cuya violación se alega, el Consejo de Estado ha considerado, en la citada sentencia de 9 de septiembre de 1993, que ellos no existen respecto "... a no ser removido del empleo por efecto de la reestructuración o modificación de la planta de personal y que la regulación de la carrera administrativa no confiere un derecho incondicional al empleado de permanecer en aquel", pues el interés general prima sobre el particular o de grupos.

En relación con el tercer cargo.- El decreto no fija un régimen de pensiones, sino simplemente se limita a establecer la incompatibilidad entre el derecho a pensión y el reconocimiento a la indemnización o bonificación, pues, según el artículo 128 de la Carta, nadie puede recibir más de una asignación del Tesoro Público.

En relación con el cuarto cargo.- Incurre en error el demandante al considerar que el artículo 90 demandado, otorga facultades de supresión de empleos al ministro del ramo, pues la nonna siempre se refiere a la "autoridad competente", esto es, al Presidente de la República según el artículo 189-14 de la Constitución.

En relación con el quinto cargo.- La parte demandada se remite a lo expresado sobre el cargo anterior.

En relación con el sexto cargo.- La norma del artículo 92 acusado, se refiere a los traslados en general y ella no desconoce el fuero sindical, si de los traslados se deriva el cumplimiento de requisitos adicionales, deberá estudiarse por la autoridad competente si deben o no aplicarse en cada caso.

En relación con el séptimo cargo.- El actor atribuye a esta norma un sentido que no tiene, pues ella se refiere a la "autoridad competente para suprimir empleos, que es el Presidente de la República". Si bien el preámbulo de la Constitución implica la determinación de los fines del ordenamiento constitucional y sus causas, importante para interpretar las demás normas de la Carta, no puede alegarse que él tenga efectos vinculantes, pues valores como la libertad y la paz son fines que el Estado debe alcanzar para toda la comunidad.

En relación con el octavo cargo.- El Gobierno podía establecer un régimen especial de indemnización, pues la situación que determina la desvinculación está asociada directamente con la decisión de reestructuración y difiere de las condiciones ordinarias que contempla el régimen laboral para estos casos. No se vulnera el principio de igualdad, pues se trata de una orden del Constituyente que no puede ser equiparada con los regímenes legales ordinarios o especiales.

Como quiera que no hay derecho adquirido al empleo y que su consecuencia es la indemnización, de ello resulta que la indemnización tarifada, se justifica plenamente por las distintas circunstancias de prestación del servicio. Además, un empleado público en período de prueba difiere de un empleado de carrera.

En relación con el noveno cargo.- El artículo 96 acusado regula una situación diferente a los anteriores, pues la vinculación de empleados públicos con nombramiento provisional no es estable y puede terminarse en un plazo determinado o dependiendo de las condiciones del servicio. Por ello, su desvinculación no genera propiamente un daño, ya que previendo su vinculación tal determinación, el término bonificación es exacto.

En relación con el décimo cargo.- El actor se refiere a circunstancias de hecho, ajenas al proceso de control constitucional y, además, no están probadas en el mismo El haberse consagrado en el artículo 97 del decreto acusado que para efecto de las indemnizaciones, se tendrá como tiempo de servicio el de la última vinculación tiene su razón de ser en la circunstancia a que las anteriores vinculaciones y consecuentes desvinculaciones, debieron causar las correspondientes prestaciones económicas. De todas formas, de presentarse situaciones especiales, la autoridad competente deberá analizarlas y aplicar la norma de tal manera que se garanticen los derechos de la personas.

En relación con el décimoprimer cargo.- Lo dispuesto en el artículo 98 acusado realiza la norma constitucional que prohíbe recibir más de una asignación del Tesoro Público y no afecta la protección de la tercera edad, sino que la realiza mediante la asignación de la pensión de jubilación.

En relación con el décimosegundo cargo.- La parte demandada se remite a lo manifestado en relación con el octavo cargo.

En relación con el décimotercer cargo.- Frente a este cargo se reitera lo expresado respecto del artículo 97.

En relación con el décimocuarto cargo.- Si se aplicara el régimen de indemnizaciones y bonificaciones a personas desvinculadas con anterioridad a la vigencia del decreto acusado se le estaría dando una aplicación retroactiva a la norma. Además, el artículo 103 acusado no viola el principio de igualdad, pues las causas de desvinculación son diferentes y están reguladas por regímenes distintos.

En relación con el décimoquinto cargo.- Si el artículo 189-14 atribuye competencia al Presidente para fijar las plantas de personal "conforme a la ley", de ello resulta que el artículo 107 acusado, con rango de ley, pueda establecer un término para que sea ejecutada.

c.- 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 17 de mayo de 1993 se dispuso la admisión de la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 107 del Decreto 2112 de 1992, en la expresión: "... dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia", providencia esta que, recurrida como fue, se confirmó mediante decisión de 27 de agosto de 1993 (fls. 115 a 123 y 156 a 16-4), con salvamento de voto del consejero ponente.

Mediante proveído de 20 de octubre de 1993 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (fl. 195).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo, la señora Procuradora Primera Delegada ante la Corporación considera que deben denegarse las súplicas de la demanda, habida cuenta que los cargos formulados en contra de los actos cuya declaratoria de nulidad se solicita, ya fueron analizados y resueltos por esta sección en sentencia de 9 de septiembre de 1993, recaída en el proceso No. 2309, con ponencia del Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez, en la cual se "... responde uno a uno los argumentos de la demanda que origina el presente proceso" (fls. 223 a 225).

III.-CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la lectura de los cargos formulados en la demanda, la Sala observa que muchos de ellos coinciden en cuanto a la violación de las mismas, normas constitucionales. Por tal razón la Sala procederá a analizarlos en su conjunto, sin perjuicio de que respecto de los mismos, y en la medida en que se discuta la transgresión de otras disposiciones, se proceda a su estudio individualizado.

En relación con los cargos primero, tercero, quinto, sexto, séptimo y décimoquinto en los cuales se plantea la violación del artículo transitorio 20 de la Carta Política por extralimitación del plazo de 18 meses, que se le concedió al Gobierno para ejecutar las facultades conferidas en la citada disposición, la Sala reitera lo expresado en diversos pronunciamientos, en el sentido de que el señalamiento del plazo para que la autoridad competente adecue la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas dentro del témino de 18 meses, previsto en el artículo transitorio 20 de la Constitución, no puede ser considerada 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 Presidentede 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 (sentencias de 9 de septiembre y de 16 de diciembre de 1993, expedientes Nos. 2309 y 2452).

Las precedentes consideraciones conducen a la Sala a que en la parte resolutiva de esta providencia, se levante la medida de suspensión provisional de los efectos del artículo 107 del Decreto 2112 de 1992, en la expresión: "... dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia", decretada en el auto admisorio de la demanda (fls. 115 a 123).

Ahora bien, por lo que atañe a los cargos de violación de la citada norma constitucional transitoria, debido a que para expedir los actos acusados, el Gobierno no tuvo en cuenta la evaluación y recomendaciones de la Comisión de expertos, la Sala, como fundamento de esta decisión, reitera, igualmente, que ellas "... 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 este sino de aquella. Ha de entenderse que el querer del Constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar" (sentencia de 9 de septiembre de 1993. Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, "Exp. No. 2309).

En relación con los cargos segundo, tercero y décimo, en los cuales se plantea que los actos acusados violan los derechos adquiridos a la estabilidad que tienen los empleados públicos que estén en carrera administrativa y de quienes teniendo cierto tiempo de servicio y determinada edad, se les suprime el cargo o empleo, la Sala considera que no tienen vocación de prosperidad. En efecto, reiteradamente esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos en la mencionada sentencia de 9 de septiembre de 1993, ha manifestado que las facultades de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el artículo transitorio 20 de la Carta, llevan ínsita 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, y que la regulación de la carrera adrriinistrativa no confiere un derecho incondicional al empleado a permanecer en el empleo, ello en desarrollo del principio de la primacía del interés general sobre el particular, mediando obviamente la indenmización de los perjuicios que se irroguen al titular de dicho cargo o empleo que como consecuencia de la decisión adoptada resultara privado del mismo.

En relación con el tercer cargo.- Dado que el actor no precisa la disposición superior que podría resultar transgredida por el artículo 89 acusado, en virtud de que "... no puede considerarse como factor de desvinculación llegar a una edad menos válida para jubilación, pero no válida para retiro", la Sala se abstiene de analizar dicha censura. Sinembargo, la Sala hace notar al actor que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, los decretos expedidos en ejercicio de las facultades otorgadas al Gobierno por el artículo transitorio 20 de la Carta, tienen la misma entidad normativa que la ley.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea que el artículo 90 acusado incurre en violación de los artículos 53 y 125 de la Carta Política, debido a que en él se dispone la supresión de empleos o cargos vacantes y aquellos no necesarios en la planta de personal, la Sala considera que no tiene vocación de prosperar, por la sencilla razón de que la citada supresión de empleos o cargos, como ya quedó expresado, es consecuencia necesaria y lógica de la reestructuración autorizada por el artículo 20 transitorio.

En relación con el sexto cargo, en el cual también se discute la violación del artículo 39 de la Constitución Política con el argumento de que el artículo 92 del decreto acusado, desconoce el fuero sindical reconocido a los representantes sindicales, la Sala considera que no está llamado a prosperar, pues el traslado de empleados públicos previsto en dicha norma no puede entenderse como dirigido y particularizado hacia quienes ostenten tal fuero sindical, sino con la generalidad de los empleados públicos a quienes se les suprima el empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. No obstante lo anterior, la Sala considera que si de la aplicación del citado artículo 92, resultase que la medida adoptada por la administración, en cada caso particular implica la violación del artículo 39 de la Carta Política, el afectado con la misma tiene a su alcance los mecanismos legales y judiciales que garantizan la debida protección del fuero sindical, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

En relación con el séptimo cargo.- En él se plantea la violación del artículo 189-16 de la Carta Política por parte del artículo 93 acusado, en razón de que dicha norma constitucional atribuye competencia al Presidente de la República y no al ministro del ramo para la creación, supresión o fusión de empleos.

Luego de la lectura de la norma acusada, la Sala considera que tal cargo carece de vocación de prosperidad, pues mediante ella no se otorga ninguna facultad al ministro

de Hacienda y Crédito Público para los efectos que le atribuye el actor, sino simplemente dispone que cuando la reforma de la planta de personal del Mnisterio, sólo implique la supresión de empleos o cargos, sin modificación de los que se mantengan en la misma, no se requerirá de autorización previa alguna y se adoptará con la sola expedición del decreto correspondiente, el cual, sobre decirlo, se expide por el Gobierno Nacional, es decir, por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones consagradas en el artículo 189-16 de la Carta Política, y por el Ministro del ramo.

En relación con el octavo cargo, en el cual se plantea que el régimen de indemnizaciones consagrado en los artículos 94 y 95, cuya declaratoria de nulidad se solicita, atentan contra el derecho a la igualdad, pues a los empleados que fueron retirados del Ministerio antes de la expedición del decreto acusado, se les reconoció una indemnización tarifada superior a la dispuesta por dichas normas, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, habida cuenta que, como ya lo ha reiterado esta Corporación, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, dado que las funciones de reestructuración, fusión o supresión de las entidades que allí se mencionan, ordinariamente son del resorte del Congreso, sólo que éste, en razón de la revocatoria del mandato de sus integrantes, no podía hacer uso de ellas y por tal razón les fueron asignadas excepcional y transitoriamente a aquel. Es decir, que el Gobierno Nacional, en ejercicio de las citadas atribuciones constitucionales podía válidamente establecer, como efectivamente estableció en los actos acusados, un régimen especial y transitorio de indemnizaciones, de aplicación preferencial sobre los regímenes ordinarios, por estar referido e íntimamente vinculado con el proceso de modernización del Estado.

En relación con el noveno cargo, en el cual se discute que el artículo 96 acusado, atenta contra los principios de igualdad y de protección al trabajo debido a que en él se dispone el pago de una bonificación y no de una indemnización en favor de los empleados públicos con nombramiento provisional para desempeñarar cargos de carrera administrativa, a quienes, teniendo una categoría igual o inferior a la de Jefe de Sección o su equivalente, se les suprima el cargo como consecuencia de la reestructuración, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar, por las mismas razones expresadas en el análisis del cargo anterior y, adicionalmente, por cuanto la Sala ha reiterado en diversos pronunciamientos, que cuando el artículo transitorio 20 de la Carta Política autorizó al Gobierno para ejercer las atribuciones en él consagradas, de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos o empleos que demandarán las necesidades del servicio, sin perjuicio de que en virtud de tales decisiones 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.

En relación con el décimoprimer cargo, en el cual se alega que el artículo 98 acusado, en cuanto consagra la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y las indemnizaciones o bonificaciones, atenta contra la debida protección que la Carta

Política garantiza en favor de la tercera edad, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar, pues, como ya lo ha reiterado esta Corporación "... la circunstancia de diferenciar para efectos de reconocer y pagar indemnización o bonificación a los empleados que al momento de la supresión de su empleo, tengan o no causado el derecho a una pensión... (...) ... no implica discriminación por las razones a que se refiere el postulado de igualdad consagrado en el citado artículo 13 de la Constitución. Además, obsérvese que en este caso no se encuentra en la misma situación el empleado a quien se le suprime el cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad y en el momento de dicha supresión tenga causado el derecho a una pensión, de aquel que en circunstancia similar no tiene derecho causado a gozar de esta prestación" (sentencia de 20 de enero de 1994, consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez, Exp. No. 2455).

Adicionalmente, la Sala considera que si bien el artículo 46 de la Carta Política consagra el deber del Estado de concurrir a la protección y asistencia de la tercera edad, ello no puede interpretarse válidamente en el sentido de que esa circunstancia los habilite para recibir más de una asignación del Tesoro Público, lo cual prohíbe expresamente y sin distingos el artículo 128 *ibídem.*

En relación con el décimosegundo cargo, en el cual se discute la facultad del Gobiemo Nacional para determinar en el artículo 99 acusado, los factores salariales a tenerse en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones o bonificaciones, la Sala se remite a lo expresado en relación con el octavo cargo.

En relación con el décimotercer cargo, en el cual se plantea que el artículo 100 acusado "... viola toda la estructura que la Constitución fija para el Estado Colombiano", la Sala se ve impedida de analizarlo dada su generalidad y la falta de precisión de las normas constitucionales que pudiesen resultar infringidas. Independientemente de ello, la Sala no entiende por qué razón el acto acusado puede incurrir en violación de la "estructura" de la Carta Política.

En relación con el décimocuarto cargo, consistente en que el artículo 103 acusado "peca contra la favorabilidad en la interpretación y contra la igualdad que la Constitución consagra", la Sala considera que no está llamado a prosperar, pues las normas aplicables a un caso determinado son aquellas que se encuentran vigentes al momento del nacimiento del derecho, razón por la cual no es válido sostener, como sostiene el actor, que las indemnizaciones y bonificaciones que se consagran en el decreto acusado, deban ser reconocidas en favor de los empleados que se retiraron del servicio antes de su expedición, y a aquellos que se vinculen con posterioridad.

En consecuencia, de acuerdo con las consideraciones anteriores, no prosperan los cargos planteados.

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, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por el ciudadano Oscar José Dueñas Ruiz.

Segundo.- LEVANTASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 107 del Decreto 2112 de 1992, en la expresión: "dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia", decretada en el auto admisorio de la demanda, de fecha 17 de mayo de 1992.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos del proceso, o su remanente.

Cuarto.- En firme esta sentencia, comuníquese a los señores Ministros y Director de Departamento Administrativo que firmaron el acto demando, y archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

YesidRojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de septiembre 9 de 1993.

CAJA AGRARIA-Reestructuración/**PLANTA DE PERSONAL/GOBIERNO NACIONAL**-Facultades/**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**-Temporalidad

El artículo 20 del Decreto 2138 de diciembre de 1992, dispone que la junta directiva de la Entidad procederá a determinar las modificaciones a la planta de persona4 que sean necesarias, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo, la que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 23, comenzaría a operar "a partir de la fecha de su publicación"..." Si se tiene en cuenta que el mencionado decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 40703 de 31 de diciembre de 1992, se concluye que el acusado, esto es, el 619 de 31 de marzo de 1993, fue expedido dentro de los 3 meses establecidos como plazo para ello. Además, en estricto sentido, el término de los tres meses fue fijado en el artículo 20 del Decreto 2138 para que la junta directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero expidiera el acuerdo sobre la nueva planta de personal, el cual fue dictado el 18 de marzo de 1993, esto es, dentro del término previsto en el decreto. Al respecto, la Sala reitera lo expresado en varias oportunidades en el sentido de que las facultades otorgadas al Presidente de la República a través del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por las materias que regula, que son las mismas que la Carta le atribuye al Congreso (art. 150, numeral 7o. de la C. N., tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar inhabilitado el legislador ordinario, para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno. De tal manera que tales facultades difieren sustancialmente de las

funciones de carácter administrativo que en forma permanente ejercen las juntas y consejos directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por mandato expreso de los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1968 para adecuar la de reestructura interna y la planta de personal a las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir, que previamente se hubieran adoptado en desarrollo del precepto constitucional transitorio. Las facultades de determinar la estructura interna y la planta de personal de las entidades descentralizadas, así como la de supresión de cargos o empleos en las mismas, son de carácter administrativo y corresponden en forma permanente a sus Juntas o Consejos Directivos por mandato de los artículos 24 del Decreto Ley 3130 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de 1978, sin que para su ejercicio estén sujetas a plazo alguno.

Consejo de Estada- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2533. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: *Hugo Mora Murillo y otro.*

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia, dentro del proceso de nulidad instaurado por los ciudadanos Hugo Mora Murillo y Gabriel Vanegas Cantor contra el Decreto 619 de 31 de marzo de 1993, dictado por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el Acuerdo 897 de marzo 18 de 1993, de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que adopta la nueva planta básica de cargos a nivel nacional.

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En este capítulo, los actores formulan contra el acto acusado los cargos que a continuación se sintetizan:

Primer cargo: Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, porque la estructuración que contiene no fue expedida dentro del plazo de los 18 meses que vencía el 6 de enero de 1993, sino el 31 de marzo de ese mismo año.

Segundo cargo: Violación del artículo 20 del Decreto 2138 de diciembre 30 de 1992, por cuanto este señalaba el término de3 meses para expedir la planta de personal, el cual venció el 30 de marzo de 1993, mientras que el decreto acusado comenzó a regir el 31 de marzo de ese mismo año.

Tercer cargo: Violación del artículo transitorio 20 de la Carta Política. El Presidente de la República, mediante el decreto impugnado se limita a aprobar un

Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Agraria, esto es el 897 de marzo 18 de 1993 que contiene la planta básica de cargos, cuando dicha responsabilidad la señala el ordenamiento constitucional citado al Gobierno y no a las entidades descentralizadas.

Cuarto cargo: Los artículos 5 y 6 del Decreto 619 de 1993, contienen disposiciones transitorias de orden laboral. Usurpan dichos artículos las atribuciones del Congreso de la República, señaladas en el literal e) del ordinal 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional y el inciso lo. del artículo 53 de la misma Carta.

Quinto cargo: El artículo 6o. del decreto impugnado viola en forma directa el artículo 9o. del Decreto 2138 de 1992, por cuanto otorga a la Caja Agraria un plazo adicional hasta el 30 de junio de 1993, para ejecutar las decisiones producto de la supresión de empleos, las cuales debieron adaptarse en marzo 30 de 1993.

Sexto cargo: El Decreto 619 de 1993, en cuanto suprime en su artículo lo. "la planta básica de cargos actualmente vigentes" y en los artículos 2o. y siguientes crea y suprime cargos de la casa principal y de las sucursales y agencias, es violatorio de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 5o. del Decreto 2138 de 1992, que contempla el campo de aplicación de la reestructuración solamente referido a las regionales.

INTERVENCION DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO

Esta entidad, mediante apoderado judicial, se hizo presente en las distintas etapas del proceso y su intervención puede resumirse así:

El Decreto 0619 de 1993 fue expedido dentro del término señalado por el artículo 23 del Decreto 2138 de 1992, cuya vigencia finalizó el 31 de marzo de 1993, fecha en la cual el Gobierno Nacional expidió el decreto que se demanda, es decir, dentro de los límites temporales de competencia fijados por el artículo 20 del Decreto 2138 de 1993.

Por otra parte, para la expedición del decreto en cuestión, no solamente se tuvo en cuenta el artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, sino todas las normas de raigambre constitucional que facultan al Gobierno para modificar la estructura de los diferentes organismos de la Rama Ejecutiva y sus entidades descentralizadas, con el fin de colocarlas en consonancia con la nueva Constitución. Dentro de esas atribuciones se encuentran las establecidas en el artículo 189 de la Carta, en el cual se determinan las correspondientes al Presidente de la República como Jefe de Gobierno y primera autoridad administrativa, facultándolo en el numeral 16 para "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".

Propone además el apoderado de la institución, como excepción, la "ausencia de fundamento legal y constitucional de la demanda propuesta" con base en que, en la

expedición del Decreto 619 se dio cumplimiento a las normas que regulan los aspectos formales y sustanciales de este tipo de actos y dentro del término fijado por el Decreto 2138 de 1992 el cual, hasta tanto no exista un pronunciamiento en contrario por la autoridad competente, goza del principio de legalidad.

ALEGATOS DE LAS PARTES

La parte demandante, a través de apoderada en el traslado para alegar de conclusión, refuerza los fundamentos de la acción impetrada, con base en los hechos, argumentos y disposiciones invocados en la demanda.

Anota que mediante el Decreto 619 de 1993, con vigencia a partir de marzo 31 de 1993 se expidió y aprobó la nueva reestructuración orgánica de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, no obstante que el plazo de los 18 meses fijado por el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, había expirado el 6 de enero de 1993.

Aduce así mismo que mediante decreto acusado el Gobierno Nacional viola el Decreto 2138 de 1992, ya que éste en su artículo 9o. fija un plazo de 3 meses, cuyo vencimiento se produjo el 31 de marzo de 1993 que cobija a la ejecución de las decisiones de terminación de los contratos con las consiguientes supresiones de empleos; que no obstante este plazo, el Decreto 619 consagra en su artículo 6o. un plazo con vencimiento junio 30 de 1993, que sobrepasa la fecha de marzo 31 de 1993, para que la Institución lleve a cabo los despidos producto de la reestructuración.

Finalmente se fundamenta la violación del Decreto 2138 de 1992 por parte del 619, en que se hizo una reestructuración total de la Caja Agraria, a pesar de que aquél solamente se refería a una reestructuración parcial de las regionales.

Por su parte, la demandada argumenta que la reestructuración de la Entidad se hizo a través del Decreto 2138 de 1992, dejando su instrumentalización, es decir, su aspecto meramente funcional al Decreto 619 de 1993, pues la facultad de adoptar la estructura interna de las sociedades de economía mixta asimiladas a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es una función de sus Juntas o Consejos Directivos.

Termina su intervención la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, diciendo que sirven de fundamento y respaldo al Decreto 0619 de 1993, disposiciones constitucionales como las establecidas en el artículo 189-10 que facultan al Presidente de la República para "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".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Una vez más, la Procuraduría Delegada ante esta Corporación, para considerar que deben denegarse las súplicas de la demanda, se remite a la jurisprudencia de esta misma Sección contenida en la sentencia de 9 de septiembre de 1993, recaída en el

proceso 2309, promovido por Juan Manuel Arrieta y otros contra el Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez, la cual transcribe en lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala en primer término, que la parte demandada propone la excepción de "Ausencia de fundamento legal y constitucional de la demanda propuesta". Sin embargo, de su lacónica sustentación no se deduce la circunstancia que pueda impedirle a la Sala un pronunciamiento de fondo si en cuenta se tiene que los motivos en que se apoya la Caja de Crédito Agrario para proponerla (en la expedición del citado Decreto 0619 se dio cumplimiento a las normas que regulan los aspectos formales y sustanciales de este tipo de actos), constituyen precisamente el objeto de la controversia que debe desatar la Sala.

Hecha la precisión anterior, y en relación con los cargos formulados contra el Decreto 0619 de 1993, se observa lo siguiente:

El primer cargo radica en no haberse expedido la estructuración que el acto acusado contiene dentro de los 18 meses fijados por el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

La censura se fundamenta en el auto de 4 de junio de 1993, proferido por esta misma Sección, mediante el cual suspendió provisionalmente los efectos de la frase: "... dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo" contenida en el artículo 20 del Decreto 2138 de 1992, por considerar, en aquella época que el Gobierno no podía establecer un término adicional para modificar la planta de personal de la Caja Agraria, Industrial y Minero, por fuera del plazo que tenía para ejercer las facultades excepcionales.

Empero, como lo ha expresado tantas veces la Sala y lo recuerda ahora el Ministerio Público, el criterio adoptado por aquel entonces fue rectificado dentro de la sentencia de 9 de septiembre de 1993, dictada en el proceso 2309 promovido por Juan Manuel Arrieta y otros, contra el Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez, en la que al respecto se dijo:

> "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 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) 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".

El segundo cargo consistente en haberse expedido la planta de personal por fuera del término de los 3 meses señalado en el artículo 20 del Decreto 2138 de 1992, tampoco está llamado a prosperar por cuanto como pasa a verse, la planta de personal fue adoptada mediante el decreto impugnado, dentro del plazo allí establecido.

En efecto, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 20 de la Carta, dictó el Decreto 2138 del 30 de diciembre de 1992, "por el cual se reestructura parcialmente la Caja de Crédito de Crédito Agrario, Industrial y Minero". El artículo 20 de este decreto dispone que la Junta Directiva de la Entidad procederá a determinar las modificaciones a la planta de personal, que sean necesarias, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo, la que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 23 comenzaría a operar "a partir de la fecha de su publicación...".

Si se tiene en cuenta que el mencionado decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 40703 de 31 de diciembre de 1992 (folio 1 y 49), se concluye que el acusado, esto es, el 619 de 31 de marzo de 1993, fue expedido dentro de los 3 meses establecidos como plazo para ello.

Además, en estricto sentido el término de los tres meses fue fijado en el artículo 20 del Decreto 2138 para que la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, expidiera el acuerdo sobre la nueva planta de personal, el cual fue dictado el 18 de marzo de 1993, esto es, dentro del término previsto en el decreto.

En el tercer cargo estima la parte demandante que el Presidente de la República, al aprobar la planta básica de cargos o nueva estructura de la Entidad, viola el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional porque esta norma otorga tal facultad al Gobierno y no a las entidades descentralizadas.

Al respecto, la Sala reitera lo expresado en varias oportunidades en el sentido de que las facultades otorgadas al Presidente de la República a través del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por las materias que regula, que son las mismas que la Carta le atribuye al Congreso (artículo 150, numeral 7 de la Constitución Nacional), tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar inhabilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno.

De tal manera que tales facultades difieren sustancialmente de las funciones de carácter administrativo, que en forma permanente ejercen las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por mandato expreso de los artículos 24 y 20 del Decreto Ley 3130 de 1968 para adecuar la estructura interna y la planta de personal a las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se hubieran adoptado en desarrollo del precepto constitucional transitorio.

En el cuarto cargo se acusan concretamente los artículos 5o. y 6o. del Decreto 619 de 1993, porque al parecer de los actores tienen origen en disposiciones transitorias de orden laboral, fijadas en el Decreto 2138 de 1992, dictadas por el Gobierno, usurpando las atribuciones del Congreso de la República, señaladas en el literal e) del ordinal 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional y el inciso 1o. del artículo 53 de la misma Carta, y excediéndose en las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20, el cual no le concede atribuciones específicas para ello.

Al referirse al tercer cargo la Sala, con base en pronunciamientos anteriores, expresó que las facultades otorgadas al Gobierno mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, tienen carácter legislativo.

Significa lo anterior que los actos que dicte el Presidente de la República, en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley y por lo tanto, a través de ellos podía dictar las mismas normas, para cuya expedición está habilitado el Congreso en relación con la supresión, fusión o reestructuración de entidades de orden nacional, dentro de las cuales están incluídas, desde luego las de índole laboral que para el caso concreto de acuerdo con lo estipulado en los artículos 5o. y 6o. del decreto acusado, versan sobre movimiento de personal, traslado de trabajadores oficiales y desvinculación de trabajadores en razón de la supresión de su cargo o empleo.

El quinto cargo hace referencia a la violación del artículo 9o. del Decreto 2138 de 1992, por parte del artículo 6o. del acto impugnado, por cuanto otorga a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero un plazo adicional (hasta el 30 de junio de 1993), para ejecutar las decisiones producto de la supresión de empleos.

Al respecto, vale la pena insistir en que tal como lo ha expresado esta Corporación, en varios pronunciamientos a partir de la sentencia de 9 de septiembre de 1993 (expediente No.2309, Magistrado Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez), las facultades de determinar la estructura interna y la planta de personal de las entidades descentralizadas, así como la de supresión de cargos o empleos en las mismas, son de carácter administrativo y corresponden en forma permanente a sus Juntas o Consejos Directivos por mandato de los artículos 24 del Decreto Ley 3130 de 1968 y 74 de Ley 1042 de 1978, sin que para su ejercicio estén sujetas a plazo alguno.

El plazo consagrado en la disposición que en este punto se cita como violada, tal como se ha expresado en otras oportunidades, es independiente entonces al señalado en la norma transitoria como quiera que la decisión allí adoptada lo fue dentro del término a que alude ésta, sólo que se previó que los efectos de aquélla no se produjeran, como es obvio, inmediatamente.

El sexto y último cargo lo hace consistir la actora en la violación de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 5o. del Decreto 2138 de 1992, cuyo campo de aplicación, según ella, está referido a las regionales, en la medida en que mediante los artículos 1o., 2o. y siguientes del acto acusado, se suprime la planta básica de cargos actualmente vigentes y se crean y suprimen cargos de la casa principal y de las sucursales y agencias".

Para la Sala no es cierto que el campo de aplicación del Decreto 2138 de 1992, esté referido solamente a las regionales de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Si bien es cierto que sus artículos 1o. a 5o. se refieren a las regionales, lo hacen para, respecto de ellas, fijar las funciones del presidente de la entidad, las de la junta directiva en cuanto a su número, composición y funciones; para determinar los criterios de su organización, sus funciones generales y su autonomía en los aspectos financiero y bancario. Respecto de su autonomía administrativa, se les dan facultades para nombrar, promover y remover el personal de su dependencia y el de las oficinas adscritas, pero "con sujeción a lo dispuesto por los reglamentos sobre manejo de personal y a las plantas y nomenclatura" establecidas o autorizadas por la Junta Directiva de la Caja" (artículo 4o. numeral 3).

Además, el campo de aplicación del Decreto 2138 de 1992, en materia laboral está señalado en su artículo 6o. (Capítulo II- Disposiciones laborales transitorias -Disposiciones generales), donde se dispone que: "Las normas del presente capítulo serán aplicables a los trabajadores oficiales que sean desvinculados de sus empleos o cargos como resultado de la reestructuración de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en aplicación de lo dispuesto por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política".

En este mismo sentido y respecto a la terminación de la vinculación, supresión de empleos y traslado de trabajadores oficiales, los artículos 7o., 8o., 9o. y 10o. del Decreto 2138 de 1992, se refieren a la reestructuración de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y a su Junta Directiva, y en manera alguna a las regionales ni a los funcionarios de cada una de éstas.

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 por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

De tal manera que tales facultades difieren sustancialmente de las funciones de carácter administrativo, que en forma permanente ejercen las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por mandato expreso de los artículos 24 y 20 del Decreto Ley 3130 de 1968 para adecuar la estructura interna y la planta de personal a las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se hubieran adoptado en desarrollo del precepto constitucional transitorio.

En el cuarto cargo se acusan concretamente los artículos 5o. y 6o. del Decreto 619 de 1993, porque al parecer de los actores tienen origen en disposiciones transitorias de orden laboral, fijadas en el Decreto 2138 de 1992, dictadas por el Gobierno, usurpando las atribuciones del Congreso de la República, señaladas en el literal e) del ordinal 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional y el inciso 1o. del artículo 53 de la misma Carta, y excediéndose en las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20, el cual no le concede atribuciones específicas para ello.

Al referirse al tercer cargo la Sala, con base en pronunciamientos anteriores, expresó que las facultades otorgadas al Gobierno mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, tienen carácter legislativo.

Significa lo anterior que los actos que dicte el Presidente de la República, en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley y por lo tanto, a través de ellos podía dictar las mismas normas, para cuya expedición está habilitado el Congreso en relación con la supresión, fusión o reestructuración de entidades de orden nacional, dentro de las cuales están incluídas, desde luego las de índole laboral que para el caso concreto de acuerdo con lo estipulado en los artículos 5o. y 6o. del decreto acusado, versan sobre movimiento de personal, traslado de trabajadores oficiales y desvinculación de trabajadores en razón de la supresión de su cargo o empleo.

El quinto cargo hace referencia a la violación del artículo 9o. del Decreto 2138 de 1992, por parte del artículo 6o. del acto impugnado, por cuanto otorga a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero un plazo adicional (hasta el 30 de junio de 1993), para ejecutar las decisiones producto de la supresión de empleos.

Al respecto, vale la pena insistir en que tal como lo ha expresado esta Corporación, en varios pronunciamientos a partir de la sentencia de 9 de septiembre de 1993 (expediente No.2309, Magistrado Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez), las facultades de determinar la estructura interna y la planta de personal de las entidades descentralizadas, así como la de supresión de cargos o empleos en las mismas, son de carácter administrativo y corresponden en forma permanente a sus Juntas o Consejos Directivos por mandato de los artículos 24 del Decreto Ley 3130 de 1968 y 74 de Ley 1042 de 1978, sin que para su ejercicio estén sujetas a plazo alguno.

El plazo consagrado en la disposición que en este punto se cita como violada, tal como se ha expresado en otras oportunidades, es independiente entonces al señalado en la norma transitoria como quiera que la decisión allí adoptada lo fue dentro del término a que alude ésta, sólo que se previó que los efectos de aquélla no se produjeran, como es obvio, inmediatamente.

El sexto y último cargo lo hace consistir la actora en la violación de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 5o. del Decreto 2138 de 1992, cuyo campo de aplicación, según ella, está referido a las regionales, en la medida en que mediante los artículos 1o., 2o. y siguientes del acto acusado, se suprime la planta básica de cargos actualmente vigentes y se crean y suprimen cargos de la casa principal y de las sucursales y agencias".

Para la Sala no es cierto que el campo de aplicación del Decreto 2138 de 1992, esté referido solamente a las regionales de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Si bien es cierto que sus artículos 1o. a 5o. se refieren a las regionales, lo hacen para, respecto de ellas, fijar las funciones del presidente de la entidad, las de la junta directiva en cuanto a su número, composición y funciones; para determinar los criterios de su organización, sus funciones generales y su autonomía en los aspectos financiero y bancario. Respecto de su autonomía administrativa, se les dan facultades para nombrar, promover y remover el personal de su dependencia y el de las oficinas adscritas, pero "con sujeción a lo dispuesto por los reglamentos sobre manejo de personal y a las plantas y nomenclatura" establecidas o autorizadas por la Junta Directiva de la Caja" (artículo 4o. numeral 3).

Además, el campo de aplicación del Decreto 2138 de 1992, en materia laboral está señalado en su artículo 6o. (Capítulo II- Disposiciones laborales transitorias -Disposiciones generales), donde se dispone que: "Las normas del presente capítulo serán aplicables a los trabajadores oficiales que sean desvinculados de sus empleos o cargos como resultado de la reestructuración de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en aplicación de lo dispuesto por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política".

En este mismo sentido y respecto a la terminación de la vinculación, supresión de empleos y traslado de trabajadores oficiales, los artículos 7o., 8o., 9o. y 10o. del Decreto 2138 de 1992, se refieren a la reestructuración de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y a su Junta Directiva, y en manera alguna a las regionales ni a los funcionarios de cada una de éstas.

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 por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 17 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Miguel González Rodríguez*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, sentencia de 9 de septiembre de 1933, Expediente 2309, Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

CONTRALORIA MUNICIPAL-Partidas/APROPIACION PRESUPUESTAL/ GASTOS DE FUNCIONAMIENTO

En cuanto al primer cargo formulado por el recurrente, el cual se sustenta en que dada la ausencia de disposición legal que determine el monto de las partidas anuales para gastos de funcionamiento de las contralorías municipales, debe aplicarse la regla contenida en el artículo 245 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986), es decir que ellas no pueden exceder del 2% de sus respectivos presupuestos, la Sala considera que no está llamado a prosperar, toda vez que el límite establecido por dicha norma se circunscribe a los presupuestos de los departamentos y por ello mal puede pretenderse hacerlo extensivo a los presupuestos de otras entidades territoriales, tales como los municipios, respecto de los cuales la Ley ha establecido un régimen propio y especial, menos aún si se tiene en cuenta que el nuevo ordenamiento constitucional guarda silencio sobre el referido límite para las contralorías municipales y, por el contrario, defiere expresamente al legislador la facultad de limitar las apropiaciones departamentales destinadas a gastos de funcionamiento de las contralorías municipales, como en efecto lo determina su artículo 308. De otra parte, esta Corporación al pronunciarse sobre el artículo 3o. del Acuerdo 43 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, que había establecido para gastos de funcionamiento de la Contraloría Municipal, un 3% del presupuesto del municipio y de los organismos descentralizados que manejan presupuesto autónomo y que estén sometidos a la vigilancia fiscal.

CONCEJAL MUNICIPAL/HONORARIOS/RESERVA PRESUPUESTAL

La materialización de la reserva presupuestal dispuesta en el artículo 1o. del Acuerdo 16 de 1992 para el pago de honorarios a los concejales, está supeditada o condicionada, no sólo a que la Ley reglamente el mandato constitucional del inciso 4o. del artículo 312, es decir, a que determine los casos en que hay lugar al pago de dichos honorarios, sino a que, de Acuerdo con tal reglamentación, los miembros del Concejo Municipal del municipio puedan tener derecho a ellos. Adicionalmente la Sala considera que nada impide a los concejos municipales adoptar decisiones como la que se analiza, pues las mismas no se encuentran incluidas en la numeración de prohibiciones que, respecto a dichos cuerpos colegiados, establece el artículo 99 del Decreto 1333 de 1986.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2694. Actor: *Eduin de la Rosa Quessep*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, el 22 de septiembre de 1993.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano Eduin de la Rosa Quessep, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Sucre la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 16 de 26 de noviembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Sincelejo, "por medio del cual se modifica el artículo segundo del Acuerdo Municipal 034 de noviembre 30 de 1991 y se dictan otras disposiciones", y como consecuencia de dicha decisión se declare la nulidad del artículo 2o., numerales 1.1-01 y 1.3-12 del Acuerdo No. 018 de 5 de diciembre de 1992, expedido por la misma Corporación Administrativa, "por el cual se expide el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Sincelejo, para la vigencia de 1993".

b.- Los actos acusados

Mediante el primero de ellos, el Acuerdo No. 16 de 1992, se dispuso que el artículo segundo del Acuerdo No. 034 de 30 de noviembre de 1991, quedaría así: "Destínase el 3% del total del presupuesto de funcionamiento del municipio de Sincelejo para el sostenimiento de la Contraloría Municipal, el cual será pagado por doceavas partes.

PARAGRAFO UNICO.- La suma equivalente al 2.5% que sobre, al producirse la reducción del aporte a la Contraloría Municipal de Sincelejo del 5.5% del presupuesto municipal al 3%, destínase en el presupuesto de ingresos y gastos del municipio, para la vigencia fiscal de 1993, como aporte para el Concejo y como reserva destinada a cancelar los honorarios de los concejales, que serán reglamentados por el Congreso de la República, conforme lo dispone el artículo 312 de la Constitución Nacional" (artículo 1o.); ratificar las facultades conferidas al contralor municipal para que efectúe ajustes y modificaciones sustanciales a la planta de personal y cumpla con la gestión prevista en el artículo 212 de la Constitución (artículo 2o.) y fijar la fecha de su vigencia (artículo 3o.).

Mediante el artículo 2o. del Acuerdo No. 018 de 1992 se dispuso, en los numerales cuya declaratoria de nulidad se solicita, lo siguiente:

> "Artículo 2o.- Fíjanse los cómputos del presupuesto de gastos del municipio de Sincelejo, para la vigencia fiscal de mil novecientos noventa y tres (1993), en la suma de dos mil ochocientos cuarenta y nueve millones ochocientos cuatro mil novecientos cuatro pesos ($2.849.804.904).
>
> "1 Gastos de funcionamiento
>
> Capítulo I
>
> "1.1 Concejo
>
> "1.1.0.1 Aporte al Concejo Municipal 59.492.280
>
> ".....
>
> ".....
>
> ".....
>
> Capítulo III
>
> "1.3 Contraloría Municipal
>
> "1.3.12 Aporte a la Contraloría Municipal 35.695.372
>
> ".....
>
> ".....
>
> "....."

c.- Los hechos de la demanda

En ellos se hace referencia al contenido de los actos acusados y se expresa que los mismos "... no han sido publicados como lo ordena la ley, aunque se encuentran vigentes" y que tampoco "... fueron enviados para su revisión jurídica al señor Gobernador del Departamento de Sucre, de conformidad con el artículo 117 del Decreto 1333 de 1986 (fls. 1 a 2, cdno. ppal.).

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera en su demanda que con la expedición de los actos acusados, se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación bajo la forma de cargos (fls. 2 a 6 *ibídem*):

Primer cargo.-Al destinarse mediante el artículo 1o. del Acuerdo No. 16 de 1992, el 3% del total del presupuesto de funcionamiento para gastos de la Contraloría Municipal de Sincelejo se incurre en violación del artículo 245 del Decreto 1222 de 1986, pues esta norma, aplicable al régimen municipal en virtud de lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, estatuye que "Las partidas anuales para gastos totales de las contralorías departamentales, no podrá exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del 2% de sus respectivos presupuestos".

Además, si el artículo 264 del Decreto 1333 de 1986, en concordancia con el artículo 313-5 de la Constitución, señala que en materia presupuestal, los municipios deberán seguir las normas y principios consignados en la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional, contenida en la Ley 38 de 1989, la cual establece en sus artículos 11 y 15 los principios de unidad, universalidad y equilibrio presupuestal, ello implica que al destinarse para gastos de la Contraloría Municipal de Sincelejo el 3% del presupuesto de funcionamiento, se transgreden dichos principios y se incurre en violación del "... artículo 312 (sic), numeral 4 de la C. N., y el numeral 2 del artículo 92 del Decreto 1333 de 1986", ya que si la Ley señala ciertos parámetros para determinar el monto de las partidas para gastos de las contralorías, es obvio que los concejos no pueden variar esas condiciones, pues a nivel práctico puede suceder que el 3% del total de gastos de funcionamiento sea superior al 2% del presupuesto municipal, burlándose de esta manera la Ley.

Segundo cargo.- El artículo 1o. del Acuerdo No. 16 de 1992, incurre en violación del "... parágrafo único del artículo 312 (sic) de la C. N....", el cual dispone que "La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho (los concejales) a honorarios por su asistencia a sesiones", pues de dicho texto constitucional no puede deducirse "... que todos los concejales van a tener derecho a percibir estos honorarios, pues ello va a depender de las regulaciones que se hagan en la Ley. Que se sepa hasta la fecha la `ansiada´ Ley no ha sido expedida, y por tanto no se puede destinar ninguna suma para pagar honorarios a concejales, ya que no existe Ley que así lo establezca, y no se pueden hacer previsiones presupuestales sobre hechos futuros e inciertos que pueden o no pueden ocurrir, vulnerando también de paso el artículo 312 (sic), numeral 4 de la C. N., y el numeral 2 del artículo 92 del Decreto 1333 de 1986".

Tercer cargo.- El artículo 2o. del Acuerdo No. 16 de 1992, es violatorio del artículo 92-7 del Decreto 1333 de 1986, pues los Concejos Municipales sólo pueden autorizar al alcalde para ejercer protémpore, precisas funciones de las que a ellos corresponde. La citada disposición viola igualmente el artículo 289 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que la creación, supresión y fusión de empleos de las contralorías municipales corresponde a los concejos, quienes no pueden delegarla en un funcionario municipal.

Cuarto cargo.- El Acuerdo No. 16 de 1992 es violatorio del artículo 107 del Decreto 1333 de 1986, que dispone que los proyectos de Acuerdo deben referirse a una misma materia, pues un examen de dicho acto permite deducir que él se refiere a distintas materias.

Quinto cargo.- El Acuerdo No. 16 de 1992 es también violatorio del artículo 111 del Decreto 1333 de 1986, ya que no fue sancionado por el alcalde, sino por el secretario municipal de Educación. Además, el supuesto encargo de dicho funcionario como alcalde municipal es ilegal, pues el titular de dicho cargo no puede delegar su representación popular.

Sexto cargo.- El Acuerdo No. 18 de 1992 no ha sido publicado y a pesar de ello se viene aplicando rigurosamente.

Como consecuencia de los cargos precedentes, el demandante solicita la declaratoria de nulidad parcial del artículo 2o. del Acuerdo No. 018 de 1992.

Por último, expresa el actor que "el aporte para la Contraloría Municipal fue señalado en $35.695.372.oo, equivalente exactamente al 3% (tal como lo dispone el Acuerdo No. 016), del presupuesto de funcionamiento de la alcaldía (que no es el presupuesto de funcionamiento del municipio). Sin embargo (sic), solamente los servicios personales de la Contraloría Municipal de Sincelejo para la vigencia 1991, ascendieron a la suma de $48.756.296.oo, y el Concejo de Sincelejo no suprimió ninguno de los cargos de la planta de personal de la Contraloría Municipal, lo cual es función exclusiva suya (artículo 289 del Decreto 1333) y ello representa a no dudarlo una incongruencia".

e.- Las razones de la defensa

En el escrito de contestación de la demanda, la parte demandada expone los argumentos que se resumen a continuación (fls. 83 a 85, cdno. ppal.):

En cuanto al primer cargo.- El artículo 245 del Decreto 1222 de 1986, no puede aplicarse al asunto debatido en este proceso, pues no se refiere al porcentaje del presupuesto anual que los municipios pueden asignar para gastos de sus contralorías. Por ello, el vacío que sobre este aspecto se presenta en el Código de Régimen Municipal no puede suplirse aplicando el principio previsto en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1987. Lo anterior implica que "ante la carencia de norma que regule la materia para las contralorías municipales, los concejos no pecan al señalar por Acuerdo el porcentaje respectivo".

De otra parte, los argumentos del demandante sobre la violación de los artículos 312-4 (sic) de la Carta Política y 92-7 del Decreto 1333 de 1986, sólo se basan en "... una hipótesis que como tal no le suministra al fallador la verdad verdadera de un hecho probado sobre el cual deba edificar su sentencia. El demandante al plantear esta hipótesis no se arriesgó siquiera a señalar un caso por vía de ejemplo.

En cuanto al quinto cargo.- Quien sancionó el Acuerdo No. 16 de 1992 estaba encargado de las funciones del alcalde, como se observa en el acto de su sanción y no puede sostenerse que la facultad de sancionar tales actos sólo repose en el alcalde titular, pues los artículos 315 de la Constitución y 132 del Decreto 1333 de 1986, no hacen distinción entre ellos. De abrirse paso la tesis del demandante "... se llegaría a situaciones insospechadas de paralización de una administración municipal donde por suspensión o destitución del alcalde titular elegido popularmente, exista uno encargado o nombrado por el Ejecutivo Departamental, en los casos que la misma Ley su elección popular contempla".

En cuanto a los restantes cargos formulados por el actor, la parte demandada guardó silencio.

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 17 de marzo de 1993, se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite de rigor (fl. 40, cdno. ppal.).

Mediante providencia de 30 de abril de 1993, se abrió a pruebas el proceso, se decretaron las solicitadas por las partes y, como prueba de oficio, se ordenó allegar al proceso los antecedentes administrativos de los actos acusados (fls. 87 a 88 *ibídem*).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, las partes no hicieron uso de tal derecho.

La vista de fondo del procurador judicial ante el Tribunal aparece a folios 92 a 95 *ibídem.*

III.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 98 a 103, cdno. ppal.):

En relación con el primer cargo.- Los principios contenidos en el Decreto 1222 de 1986, no se pueden vulnerar por analogía, pues "... lo que se puede hacer es interpretar una Ley analógicamente, pero no aplicarla por analogía. La analogía sirve como norma de interpretación, es decir, que si no hay regla aplicable a un caso concreto, puede acudirse, por vía de interpretación, a una Ley que regule casos semejantes, pero no se viola una Ley por mucha similitud que el caso tenga con otra Ley, destinada específicamente, a regular otras situaciones", como es precisamente el caso de las disposiciones del Decreto 1222 de 1986. Lo anterior permite concluir que "... los

Concejos pueden, *motu propio*, adoptar el porcentaje que otras codificaciones, inclusive la del Código de Régimen Departamental, contemplen para el sostenimiento de la Contraloría Departamental, pero ello no significa que si no lo hacen, estén violando esa disposición".

De otra parte, el artículo 1o. del Acuerdo No. 16 de 1992, tampoco incurre en violación de los artículos 264 del Decreto 1333 de 1986 ni del artículo 315 de la Carta Política, por cuanto lo que sus disposiciones quieren decir "... es que cuando los municipios y departamentos vayan a elaborar sus códigos fiscales o estatutos presupuestales, deben guiarse por las normas establecidas en la Ley de Presupuesto. Pero si observamos el Acuerdo 16 atacado, concluimos que no es la codificación de normas fiscales o presupuestales del municipio de Sincelejo, se trata simplemente de un Acuerdo modificatorio de otro que fija el porcentaje de la partida para el funcionamiento de la Contraloría Municipal, por lo que no es posible que vulnere los artículos 11 y 15 de la Ley 38 de 1989, que efectivamente consagran los principios de universalidad y equilibrio que deben contener el presupuesto de la Nación, y por extensión, los estatutos fiscales y presupuestales de los municipios y departamentos. Pero esa obligación no se puede hacer llegar, como se pretende en la demanda, a todos los Acuerdos y ordenanzas que tengan que ver con algún impuesto o contribución. Sólo deben seguirse sus principios rectores, se repite, en la elaboración de estatutos o códigos municipales o departamentales que regulen la totalidad de la materia fiscal o presupuestal del respectivo ente territorial".

En relación con el segundo cargo.- No es ilegal la destinación del 2.5% resultante de la disminución del porcentaje correspondiente a la Contraloría Municipal, a título de reserva para el pago de los honorarios de los concejales, cuando la Ley así lo disponga en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 312 de la Carta Política, más aún si se considera que no existe norma legal alguna que prohíba expresamente a los cabildos, hacer reservas para gastos futuros cuando su eventualidad sea real y que "... el respectivo proyecto que reglamenta el canon constitucional citado, hace tránsito por el Congreso Nacional".

En relación con el sexto cargo.- La falta de publicación del Acuerdo No. 18 de 1992, no es causa de nulidad sino de inoponibilidad.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su des-Acuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que, resumidamente, se expresan a continuación (fls. 104 a 108, cdno. ppal.):

En relación con el primer cargo formulado.- La falta de norma expresa en el Código de Régimen Municipal sobre el porcentaje de aportes para gastos de sus contralorías, no puede interpretarse en el sentido de que la Ley haya atribuido competencia a los concejos para que legislen sobre esta materia y establezcan

autónomamente dicho monto. Por ello, sostiene el recurrente, ningún Concejo puede señalar para gastos de sus contralorías un porcentaje superior al 2% del total de su presupuesto anual, de conformidad con el artículo 245 del Decreto 1222 de 1986.

En la demanda no se pretendió una aplicación analógica de la ley, sino su aplicación supletiva conforme al mandato del artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, para colmar de esta manera un vacío legal, atribuible más a una omisión involuntaria del legislador que a su ánimo de dejar la materia en comento al arbitrio de los municipios.

Como quiera que en la Ley Orgánica de Presupuesto se consagran los principios de universalidad y equilibrio presupuestal y el artículo 245 del Decreto 1222 de 1986, dispone que el aporte para las contralorías no podrá exceder del 2% "de sus respectivos presupuestos" cabe concluir que el acto acusado fragmenta el presupuesto municipal al señalar que el aporte para la Contraloría será del 3% del "Presupuesto de funcionamiento" y que, al expedirlo, el Concejo desbordó su competencia al señalar unos parámetros distintos a los legales para calcular un aporte.

En relación con el segundo cargo formulado.- Los argumentos expresados por el Tribunal sobre el cargo de violación del artículo 312 de la Carta, conducirían a predicar que todo lo que la ley no prohiba está permitido y que "... bien pueden los Concejos apropiar partidas para indemnizar a los damnificados por el apagón, porque acaba de ser presentado un proyecto de Ley..." en ese sentido. "Según mi criterio, el planteamiento hecho por la Sala es violatorio del artículo 262 de la C. N." (sic).

En su escrito de apelación hace notar el recurrente que si bien en la sentencia de primera instancia se analizó el sexto cargo formulado en la demanda, el Tribunal se abstuvo de referirse a las demás acusaciones formuladas en contra de los actos acusados.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandada no compareció en esta etapa del proceso.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora agente del Ministerio Público ante esta Corporación, no rindió concepto en el trámite de la segunda instancia.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto al primer cargo formulado por el recurrente, el cual se sustenta en que dada la ausencia de disposición legal que determine el monto de las partidas anuales para gastos de funcionamiento de las contralorías municipales, debe aplicarse la regla contenida en el artículo 245 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986), es decir que ellas no pueden exceder del 2% de sus respectivos presupuestos, la Sala considera que no está llamado a prosperar, toda vez que el límite establecido por dicha norma se circunscribe a los presupuestos de los departamentos y por ello mal

puede pretenderse hacerlo extensivò a los presupuestos de otras entidades territoriales, tales como los municipios, respecto de los cuales la Ley ha establecido un régimen propio y especial, menos aún si se tiene en cuenta que el nuevo ordenamiento constitucional guarda silencio sobre el referido límite para las contralorías municipales y, por el contrario, difiere expresamente al legislador la facultad de limitar las apropiaciones departamentales destinadas a gastos de funcionamiento de las contralorías municipales, como en efecto lo determina su artículo 308.

De otra parte, 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 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 el actor 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´...".

En lo relacionado con el segundo fundamento del recurso, referente al cargo de violación del artículo 312 de la Carta Política, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar, pues la materialización de la reserva presupuestal dispuesta en el artículo 1o. del Acuerdo No. 16 de 1992, para el pago de honorarios a los concejales está supeditada o condicionada, no sólo a que la Ley reglamente el mandato constitucional del inciso cuarto del artículo 312, es decir, a que determine los casos en que hay lugar al pago de dichos honorarios, sino a que, de Acuerdo con tal reglamentación, los miembros del Concejo Municipal de Sincelejo puedan tener derecho a ellos. Adicionalmente la Sala considera que nada impide a los concejos municipales adoptar decisiones como la que se analiza, pues las mismas no se encuentran incluidas en la enumeración de prohibiciones que, respecto a dichos cuerpos colegiados, establece el artículo 99 del Decreto 1333 de 1986.

Como quiera que en la sentencia recurrida se dejó de analizar algunos de los cargos formulados en la demanda, a continuación se procede a ello, así:

En relación con el tercer cargo, en el cual se discute que el artículo 2o. del Acuerdo No. 16 de 1992, infringe los artículos 97-2 y 288 del Decreto 1333 de 1986, la Sala considera que no está llamado a prosperar, pues de la motivación de dicho acto, en el cual se lee que mediante Acuerdo 034 de 1991 se dotó a la Contraloría Municipal de autonomía administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 272 de la Carta Política, cabe concluir que el acto de ratificación de las facultades conferidas al Contralor Municipal para que efectúe los ajustes y modificaciones a la planta de personal, entre otras, simplemente constituye un mandato intrascendente desde el punto de vista jurídico, pues la noción de "autonomía administrativa", que es la facultad conferida a una entidad u organismo para manejarse por sí misma, lleva ínsita su competencia para, entre otros efectos, adoptar decisiones como aquellas de que trata el acto acusado.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 107 del Decreto 1333 de 1986, debido a que el Acuerdo No. 016 de 1992 se refiere a distintas materias, la Sala hace notar al recurrente que la citada norma superior no prohíbe tratar en un mismo Acuerdo distintos asuntos, sino que se limita a prescribir que estos se relacionen con una misma materia. De otra parte, la Sala encuentra que las disposiciones contenidas en el acto acusado se hallan íntimamente ligadas, como quiera que mediante ellas se introducen modificaciones a un mismo Acuerdo municipal y suplen los vacíos que se derivan de esa decisión.

En relación con el quinto cargo, en el cual se alega que el Acuerdo No. 016 de 1992, viola el artículo 111 del Decreto 1333 de 1986, el cual dispone que "Aprobado en tercer debate un proyecto de Acuerdo, se pasará al alcalde para su sanción", la Sala considera que carece de toda vocación de prosperidad, pues de una parte, el tenor literal de la disposición transcrita no establece diferencia alguna entre el alcalde titular y el alcalde encargado para efecto de sancionar los Acuerdos municipales y, de la otra, de la antefirma que aparece en el acto de sanción claramente se deduce que el señor Marcos Bertel Suárez actuó en calidad de alcalde encargado.

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

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación por el ciudadano Eduin de la Rosa Quessep, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, el 22 de septiembre de 1993.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la sentencia de 13 de septiembre de 1991.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/TRANSPORTE PUBLICO MUNICIPAL/AUTONOMIA MUNICIPAL/ORGANISMO MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE/LICENCIA DE CONDUCCION

Las normas en supuesto conflicto, guardan armonía entre sí, como quiera que ambas buscan que en los municipios donde hayan organismos de tránsito de carácter municipal, sean estos los encargados de manejar lo relativo a dicha materia, para lo cual preven el traslado de los documentos relacionados con vehículos públicos y oficiales por parte de los organismos departamentales de tránsito a estos últimos. Si a partir de la expedición de la Ley 14 de 1983 se ha propugnado la autonomía de los municipios y con mayor énfasis, ello ha encontrado concreción en la Nueva Carta Política, no existe razón lógica que permita concluir que dicha autonomía en el manejo del tránsito y transporte por parte de los municipios que cuenten con organismos de tránsito y transporte creados para tal fin, deban estar limitada o coartada respecto de la expedición de las licencias de conducción. Si la expedición de tales licencias trae consigo la asignación para cada vehículo de un número de placa, bien podía entonces la entidad en mención, en uso de la facultad de reglamentar lo relativo a las licencias de tránsito, disponer que sean los organismos de tránsito y transporte municipal quienes manejen lo relativo al número de placas de los vehículos que se registren en el municipio donde aquellos ejercen sus funciones, ordenando el traslado de los números de serie y de placas por parte de los organismos de tránsito y transporte departamentales.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2530. Acción: Nulidad. Actor: *Departamento de Antioquia.*

El departamento de Antioquia, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., presentó demanda ante esta Corporación con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la resolución No. 02326 de 6 de mayo de 1992 "Por la cual se efectúa el traslado de series de placas de los Organismos Departamentales de Tránsito y Transporte (incluidos los anteriormente denominados intendenciales y comisariales) a los Organismos Municipales de Tránsito y Transporte, y se deroga la resolución 02951 de 1991", expedida por el Instituto Nacional del Transporte y Tránsito -INTRA-.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita la entidad demandante como vulnerados con el acto acusado, los artículos 109 del Acuerdo No. 034 de 12 de agosto de 1991, expedido por la junta directiva del INTRA; 2o. literal k) del Decreto 1147 de 1971; 13 de la Constitución Política e inciso final del artículo 3o. del Código Nacional de Tránsito (Decreto 1344 de 1970), modificado por el artículo 2o. del Decreto Ley 2169 de 1970.

Fundamenta el concepto de la violación en los siguientes cargos, los cuales pueden resumirse así:

PRIMER CARGO

Los artículos 1o. y 2o. de la resolución 02326 de 1992, violan el artículo 109 del Acuerdo No. 034 de 12 de agosto de 1991, pues este artículo dispone el traslado de la documentación y demás asuntos relacionados con vehículos públicos vinculados o de propiedad de empresas de transporte público municipal, del servicio individual, colectivo de pasajeros y/o mixto que tengan sede en dicho municipio, como también los documentos de los vehículos de servicio oficial de propiedad del municipio en cuestión, domiciliados en la ciudad donde existan organismos de tránsito de carácter municipal clase "A" y no a cualquier oficina de tránsito municipal, dejando en las direcciones de tránsito departamentales la competencia de registrar nuevos vehículos y efectuar los demás trámites de los domiciliados en municipios que carecen de esta clase de organismos.

El artículo 4o. de la resolución acusada quebranta el citado artículo 109, ya que este se refiere sólo a los documentos y demás asuntos relacionados con "vehículos" públicos vinculados o de propiedad de empresas de transporte público municipal del servicio individual, colectivo de pasajeros y/o mixto y oficiales de propiedad del municipio en cuestión, mas no a licencias de conducción que puedan ser tramitadas ante cualquier organismo de tránsito.

SEGUNDO CARGO

Al disponer la resolución acusada el traslado de series y números de placas de las direcciones departamentales de tránsito a cualquier organismo de Tránsito Municipal, se viola el literal k) del artículo 2o. del Decreto 1147 de 1971, que otorga facultad a estas direcciones para expedir la licencia de tránsito que lleva consigo la asignación a cada vehículo de un número de placa, en representación de los municipios que no tienen en su estructura administrativa, organismos de tránsito clase "A".

Ante dicho traslado, esta función resulta inoperante en la práctica, pues el servicio no puede ser atendido al carecer de elementos tales como placas y números de serie, indispensables en dicha gestión.

TERCER CARGO

Al dejar inoperantes o hacer nugatorias las funciones de las Direcciones Departamentales de Tránsito, se crea desigualdad entre los municipios del departamento, dándole exclusividad y representación solamente a aquellos que cuenten con un organismo de tránsito municipal clase "A", lo cual transgrede el artículo 13 de la Constitución Política.

CUARTO CARGO

Los artículos 4o. y 5o. de la resolución acusada violan el inciso final del artículo 3o. del Decreto 1344 de 1970, modificado por el artículo 2o. del Decreto Ley 2169 de 1970, ya que usurpan una facultad exclusiva de los Gobernadores de cada Departamento, al obligarlos a establecer la sede de la respectiva dirección departamental de tránsito en un municipio diferente a la capital del departamento o al que a juicio de cada Ejecutivo Seccional, sea el indicado para prestar equitativamente el servicio.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 17 de septiembre de 1993, se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la resolución cuestionada.

II.1-. El Instituto Nacional del Transporte y Tránsito -INTRA-, a través de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, aduciendo al efecto, en síntesis, lo siguiente:

1o): La Ley 53 de 1989 es clara al asignar competencia a las distintas autoridades de tránsito, en el sentido de que las direcciones departamentales de tránsito ejercerán sus funciones en aquellos municipios en donde no haya tránsito municipal y en las carreteras que no estén dentro del perímetro urbano. Los organismos de tránsito municipal y el Distrito Especial de Bogotá, las ejercerán en el perímetro urbano.

2o): La Ley 53 de 1989 está en concordancia con el artículo 109 del Acuerdo 034 de 12 de agosto de 1991, que establece en términos genéricos la obligación de los organismos departamentales de tránsito de trasladar a los organismos municipales la documentación y demás asuntos relacionados con vehículos públicos y oficiales, y la prohibición de los primeros de continuar registrando nuevos vehículos automotores cuyo domicilio sea la ciudad sede de la Oficina de Tránsito Municipal.

3o): El artículo 311 de la Constitución Política consagra que a los municipios les corresponde prestar los servicios que determine la Ley. La Ley 53 de 1989 le está asignando competencia a los municipios para manejar los asuntos a que hace referencia el acto acusado, por lo cual es natural concluir que las funciones que estaban en cabeza de los organismos departamentales deban trasladarse a los municipales clase "A" por ser de su resorte.

II.2-. Durante el término de traslado para alegar de conclusión, la entidad demandante ratificó los puntos expuestos en la demanda.

La demandada y el Ministerio Público no hicieron uso de tal derecho.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Dispone la resolución acusada:

"ARTICULO 1o.- Trasládase de los Organismos Departamentales de Tránsito y Transporte (incluidos los anteriormente denominados intendenciales y comisariales) a los Organismos Municipales de Tránsito y Transporte, cuya sede esté ubicada en el mismo municipio, las series y números de placas asignadas por la resolución 11102 de 1988 y demás resoluciones en que se les haya asignado series de placas.

ARTICULO 2o.- Los organismos Departamentales de Tránsito y Transporte (incluidos los anteriormente denominados intendenciales y comisariales) deberán hacer entrega de las existencias de placas al entrar en vigencia la presente resolución a los organismos de tránsito municipales correspondientes.

ARTICULO 3o.- Dicha entrega deberá efectuarse mediante acta suscrita tanto por el director del organismo de tránsito que efectúa la entrega como por el que recibe, con el lleno de las formalidades legales.

ARTICULO 4o.- Los Organismos Departamentales de Tránsito y Transporte (incluidos los anteriormente denominados intendenciales y comisariales) cuya

sede esté ubicada en el municipio donde se encuentre un organismo de tránsito municipal, no podrán adelantar ninguna clase de trámites dentro de la jurisdicción del mismo, tales como registro inicial de vehículos, expedición, refrendación y recategorización de licencias de conducción y demás funciones contempladas en el Decreto 1147 de 1971 y normas concordantes, sino en aquellos otros municipios pertenecientes al departamento donde no exista organismo de tránsito municipal.

ARTICULO 5o.- Para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, basta con la solicitud elevada ante el Intra por parte del Organismo de Tránsito Departamental (incluidos los anteriormente denominados intendenciales y comisariales) indicando el municipio desde el cual continuarán operando".

Estatuye el artículo 109 del Acuerdo No. 034 de 12 de agosto de 1991:

"Los organismos de tránsito departamental, intendencial y comisarial con sede en los municipios en donde funcionen o se creen organismos de tránsito de carácter municipal clase A, deberán pasar a estos últimos los documentos y demás asuntos relacionados con vehículos públicos vinculados o de propiedad de empresas de transporte público municipal, del servicio individual, colectivo de pasajeros y/o mixto, que tengan sede en dicho municipio, como también los documentos de los vehículos del servicio oficial de propiedad del municipio en cuestión, previa comprobación de que tales vehículos se encuentran a paz y salvo con el tesoro departamental, intendencial o comisarial, de conformidad con la Ley 14 de 1983.

Dicha entrega deberá efectuarse mediante acta suscrita tanto por el director del organismo de tránsito que efectúa la entrega como por el que recibe.

El traslado de que trata el presente artículo no causa al propietario del vehículo erogación alguna por este concepto, a excepción del pago de los impuestos mencionados anteriormente".

Del contenido de los artículos 1o. y 2o. de la resolución acusada frente al artículo 109 transcrito, no infiere la Sala el quebranto que aduce el actor y si por el contrario observa que **las normas en supuesto conflicto guardan armonía entre sí, como quiera que ambas buscan que en los municipios donde hayan organismos de tránsito de carácter municipal sean estos los encargados de manejar lo relativo a dicha materia, para lo cual prevén el traslado de los documentos relacionados con vehículos públicos y oficiales por parte de los organismos departamentales de tránsito a estos últimos.**

Si bien es cierto, la resolución acusada expresamente no señala que el traslado de los documentos deba hacerse a los organismos de tránsito municipal clase "A", ello es fácilmente deducible cuando en el texto del artículo 1o. de la misma, para efectos del traslado a estos organismos, manifiesta: "...cuya sede esté ubicada en el mismo municipio...", entendiéndose por esta, la sede donde se encuentra operando el

Organismo de Tránsito y Transporte Departamental. Luego si un municipio es sede de un Organismo de Tránsito Departamental, no es cualquier municipio, como lo afirma la entidad demandante, sino uno que, entre otros aspectos, por su importancia y número de habitantes, puede tener un Organismo de Tránsito y Transporte de carácter municipal clase "A".

De otra parte, afirma la entidad demandante que dentro de los documentos relacionados con los vehículos a que alude el artículo 109 del Acuerdo 034 de 12 de agosto de 1991, no están incluidas las licencias de conducción. Sobre el particular advierte la Sala **que si a partir de la expedición de la Ley 14 de 1983 se ha propugnado la autonomía de los municipios y con mayor énfasis ello ha encontrado concreción en la nueva Carta Política, no existe razón lógica que permita concluir que dicha autonomía en el manejo del tránsito y transporte por parte de los municipios que cuenten con organismos de tránsito y transporte creados para tal fin, deba estar limitada o coartada respecto de la expedición de las licencias de conducción.** Por esta razón habrá de desestimarse el cargo.

Esta última consideración es valedera frente al segundo cargo en cuanto a las licencias de tránsito se refiere. Y agrega además la Sala, que sobre este aspecto la Ley 53 de 1989 "Por la cual se asignan funciones al Instituto Nacional del Transporte, se adicionan las relacionadas al tránsito terrestre automotor en todo el país y se conceden facultades extraordinarias para reformar el Código Nacional de Tránsito Terrestre", en su artículo 2o. le atribuye al INTRA la facultad de "Reglamentar la expedición de licencias de tránsito", por lo cual, **si la expedición de tales licencias trae consigo la asignación para cada vehículo de un número de placa, bien podía entonces la entidad en mención, en uso de la facultad de reglamentar lo relativo a las licencias de tránsito, disponer que sean los organismos de tránsito y transporte municipal, quienes manejen lo relativo al número de placas de los vehículos que se registren en el municipio donde aquellos ejercen sus funciones, ordenando el traslado de los números de serie y de placas por parte de los organismos de tránsito y transporte departamentales,** entre otras razones, porque la misma Ley 53 de 1989, en su artículo 11 prevé que estas entidades ejercerán sus funciones en aquellos municipios EN QUE NO HAYA TRANSITO MUNICIPAL.

De manera pues que tampoco está llamado a prosperar el segundo cargo.

En lo que atañe al tercer cargo de violación del artículo 13 de la Constitución Política, no comparte la Sala el criterio de la entidad demandante en cuanto a que la resolución enjuiciada crea desigualdad entre los municipios y por ello habrá de desestimarse el cargo, pues como lo manifestó al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, el acto acusado no está creando ni impidiendo la creación de organismos de tránsito y transporte de carácter municipal, ya que ello es del resorte de los Concejos Municipales, sino concretando las funciones de aquellos sobre la base de la existencia en los municipios de tales organismos.

Finalmente, en lo que toca con el cuarto cargo, no observa la Sala que el artículo 5o. de la resolución acusada, esté usurpando la función de los gobernadores que el literal k) del artículo 2o. del Decreto 2169 de 1970 les asignó para señalar las sedes de las Direcciones Departamentales de Tránsito, pues la indicación por parte de estas del municipio desde el cual continuarán operando por sí sola, no excluye el hecho de que el gobernador, coordinadamente con aquellas determine el municipio en el cual ejercerán sus funciones.

Por esta razón no prospera el cargo.

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 pretensiones de la demanda.

Devuélvase a la entidad demandante la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 24 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Néstor Joaquín Castillo Varilla,* conjuez.

ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO/LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO/REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/ALCALDE MAYOR-Facultades

La regulación de las actividades que se desarrollan en establecimientos de comercio, industriales y de servicio, es un asunto de competencia de las Asambleas y Concejos, en los aspectos no regulados por la Ley. Como las normas del C. C. A. previstas en la primera parte, sólo tienen aplicación para la Nación y las entidades descentralizadas, pues en asuntos de competencia de las Asambleas y Concejos, éstos pueden expedir normas diferentes, la Sala concluye que teniendo a su cargo las autoridades locales la facultad de vigilar el ejercicio de las actividades que se desarrollen en los establecimientos de comercio, industriales y de servicios y aplicar las normas para que tal ejercicio se adecue a la Constitución, la Ley y el reglamento, podía el alcalde Mayor de Bogotá, en virtud de la facultad de reglamentar lo concerniente a las licencias de funcionamiento que le fue otorgada en el Acuerdo 18 de 1990, así como el Concejo de Bogotá en los artículos 415 a 417 de este último, consagrar causales de revocatoria de los actos administrativos que conceden dichas licencias de funcionamiento, sin someterse a las prescripciones de la primera parte del C. C. A., de la cual hace parte el artículo 73.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2654. Recurso de apelación contra la sentencia de 22 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: IGNACIO ARAUJO VELEZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda incoada por aquél, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. contra los artículos 7o., 8o. y parte del artículo 11 del Decreto 462 de 25 de agosto de 1990 "Por el cual se reglamenta el trámite para la expedición de licencias de funcionamiento para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios", expedido por el alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, y 415 a 417 del Acuerdo 18 de 1989 "Por el cual se expide el Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá", emanado del Concejo de Bogotá.

I.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones de la demanda, consideró el *a quo*, en síntesis, lo siguiente:

1-. Cita el actor como infringidos los artículos 73 del C. C. A., 63 de la Ley 9a. de 1989; 9o. y 117 del Decreto 1355 de 1970 y 319 del Acuerdo 6 de 1990, por cuanto siendo la licencia que se otorga a un establecimiento comercial, un acto creador de situaciones particulares, concretas y subjetivas, no puede ser revocado por la administración sin previo consentimiento del titular del derecho, y además porque dichas normas no exigían reglamentación por parte del alcalde Mayor de Bogotá.

2-. En relación con el artículo 319 del Acuerdo 6 de 1990, se tiene que consagra una causal de caducidad de la licencia de funcionamiento: la de falta de estructura para el adecuado funcionamiento de los usos industriales, comerciales y de servicios, constituyéndose dicha falta en causal de revocatoria de la licencia de funcionamiento.

Aunque se observa la falta de técnica en el uso de las expresiones utilizadas en dicha norma, no puede deducirse del texto de la misma que la causal allí prevista como de revocación sea la única y exclusiva que pueda dar origen a tal mecanismo de la administración.

El ejercicio del poder de policía lleva inherentes los conceptos de seguridad, moralidad y salubridad públicas, y el Estado por intermedio de los estamentos competentes en cada caso lo ejerce en relación con la apertura y funcionamiento de establecimientos, ya que en tal actividad de los particulares se puede afectar positiva o negativamente el orden público y aunque la libertad de empresa y de actividad comercial está protegida por la Constitución Nacional, igualmente se faculta para reglamentar su ejercicio.

La autoridad de policía debe velar porque el ejercicio de la actividad comercial o industrial en manera alguna afecte la seguridad, salubridad y moralidad públicas y bajo esta perspectiva debe, entre otros aspectos, velar porque las actividades se desempe-

ñen dentro de las áreas que según la planificación, sean susceptibles de ser utilizadas para tales fines y se adelanten dentro de las medidas de seguridad del inmueble y por personas que no pongan en peligro el vecindario; y ejercer la vigilancia para que una vez obtenida la licencia de funcionamiento, esta no se utilice para fines diversos a los autorizados por los ordenamientos legales y por el propio acto administrativo.

3-. Ciertamente cuando en los actos acusados se consagra como causal de revocación de la licencia de funcionamiento, el que se haya obtenido mediante la aportación de documentos falsos o adulterados, esta causal obviamente se acomoda a las prescripciones del artículo 73 del C. C. A., que autoriza la revocación de actos administrativos sin consentimiento del particular cuando dichos actos se han obtenido por medios ilegales.

La licencia de funcionamiento es una especie de acto administrativo, cuya vida depende en cada momento del acatamiento y cumplimiento de cada una de las obligaciones que se incluyen en el texto del acto, y es apenas necesario que ello sea así, puesto que tales permisos de policía, como ya se anotó, involucran intereses que superan el campo netamente individual para influir de una forma u otra en el interés general de la comunidad.

El poder de policía se exterioriza mediante la concesión de permisos o autorizaciones para el ejercicio de una actividad. Al concederse un permiso, no se está creando ni reconociendo un derecho, ya que el derecho de ejercer una actividad existe, sino que únicamente se reconoce que pueda ejercerlo dentro de determinados parámetros. El derecho entonces que se otorga es precario en la medida en que está sujeto al acatamiento permanente de las restricciones que para el mismo impone la administración y al que hace relación el mismo acto de permiso y reglamento general, de manera que el no acatamiento, puede acarrear la caducidad del permiso sin derecho a resarcimiento alguno.

4-. En los artículos demandados se han consagrado una serie de causales por las cuales la licencia de funcionamiento puede ser revocada. De pronto hay impropiedad en el lenguaje utilizado, puesto que algunas de las allí anotadas, en realidad son una especie de la causal, como en el caso de la ubicada en el literal c) del artículo 7o. del Decreto 462 de 1990, que es la que trata el artículo 73 del C. C. A. El establecimiento de las demás causales es apenas la expresión del poder de policía, entendido este como la protección del orden público, y es apenas natural que ante tales eventualidades deba caducarse el permiso.

5-. En lo que atañe al artículo 8o. del Decreto 462 de 1990, que contiene una causal general de revocación de la licencia de funcionamiento por razones de orden público interno, estima la Sala que si la expedición de licencias de funcionamiento involucra el examen de las condiciones pertinentes a la conservación del orden público, ante la amenaza de que la actividad para la cual se ha otorgado el permiso atenta contra dicho orden, tal permiso puede ser caducado.

Siendo los eventos contemplados en los artículos 7o. y 8o. del Decreto 462 de 1990, causales de caducidad dispersas, no resulta menester adentrarse en el estudio del procedimiento consagrado en el artículo 73 del C. C. A.

6-. La cita del artículo 319 del Acuerdo 6 de 1990, no resulta suficiente para endilgar cargo de exceso de la facultad reglamentaria porque tal artículo consagra una de las causales por las cuales caduca la licencia sin que jurídicamente pueda estimarse que no puedan consagrarse otras causales. Además, en el texto del citado artículo se utilizan indistintamente los términos de caducidad y revocación.

7-. En el Acuerdo 18 de 1989 se otorgaron facultades al alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, para que reglamentara lo concerniente con las licencias de funcionamiento de los establecimientos comerciales, lo cual hizo con la expedición del Decreto 462 de 1990.

El hecho de consagrar causales de caducidad denominadas de revocación, se ajusta al otorgamiento de las facultades por parte del Concejo, ya que resulta apenas obvio que se previeran razones por las cuales, en aras de la protección del orden público, la licencia fuera caducada.

8-. No resulta suficiente la cita que hace la demanda de los artículos 9o. y 117 del Decreto 1355 de 1970, puesto que este último establece la exigencia de que los establecimientos de comercio obtengan permiso de funcionamiento, que se otorgará de Acuerdo con las prescripciones y reglamentos de policía local, lo cual conduce a que las autoridades locales puedan expedir disposiciones de policía en donde fijen todo lo que concierne con la expedición de permisos, y, como ya se vio, el alcalde ejercitó tal facultad; y porque aquel es impertinente, ya que en los artículos del Decreto 462 de 1990, no se tipifican conductas sancionables.

9-. De lo razonado se infiere que tampoco los artículos del Acuerdo 18 de 1989, pudieron infringir el artículo 73 del C. C. A..

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Pueden resumirse así los motivos de inconformidad del recurrente:

1-. Para el Tribunal, si el alcalde tiene la facultad de reglamentar todo lo concerniente al otorgamiento de licencias de funcionamiento, dicha facultad incluye la de revocar las licencias de funcionamiento y señalar causales para ello.

Las normas acusadas son de carácter reglamentario de modo que no importa cuán lógico parezca que quien otorga una licencia, pueda revocarla, sino si las disposiciones que deben ser reglamentadas, contienen alguna previsión relativa a la revocatoria de las licencias que deba y pueda ser objeto de reglamentación.

De todas las normas que podían ser reglamentadas, únicamente el artículo 319 del Acuerdo 6 de 1990 se refiere a la caducidad y revocación de las patentes de

funcionamiento, pero tan sólo para expresar que "en las licencias se deberá expresar que es condición de caducidad la falta de aptitud de las estructuras para el adecuado funcionamiento...", disposición esta que no es susceptible de ser reglamentada para expresar otras causales de caducidad no previstas en ella. Ninguna otra norma de las que fueron objeto de reglamentación se refería a la revocatoria de las licencias de funcionamiento y mucho menos señalaba causales para revocarlas, con el agravante de que al haberlo hecho las disposiciones acusadas, ni siquiera se estableció el procedimiento consagrado en el artículo 73 del C. C. A., que resulta de obligatoria observancia.

2-. El argumento de que las causales contempladas en el artículo 7o. del Decreto 462 de 1990, encuadran dentro de las previsiones del artículo 73 del C. C. A., es a todas luces inexacto, pues la única salvedad prevista en dicho artículo para poder revocar los actos administrativos sin el consentimiento expreso y escrito de su titular, es la de que resulte evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, y no puede entenderse qué relación tienen las causales contempladas en los literales a), b), e), f), g) y h) del artículo 7o. del referido Decreto con la obtención de medios ilegales.

No interesa en este caso si tales causales ameritan o no entrar a revocar una licencia, sino si al hacerlo se está quebrantando el artículo 73 del C. C. A. Cosa distinta es que las licencias de funcionamiento se expidieran con determinadas condiciones que obligatoriamente deben cumplir los beneficiarios de las mismas so pena de declarar su caducidad, pues se estaría en presencia de actos administrativos condicionados cuya vigencia estaría subordinada al cumplimiento de las condiciones impuestas.

La revocatoria y la caducidad difieren pues la primera alude a un acto administrativo en firme y no sujeto a condición, en tanto que la segunda se refiere a requisitos señalados en el propio acto, de obligatorio cumplimiento para que se entienda vigente, de modo que el incumplimiento de los mismos constituye una condición resolutoria del acto que produce su caducidad, sin importar si al producirse dicha caducidad la administración declara caducada la licencia o la revoca.

De tal suerte que una licencia de funcionamiento no puede ser revocada por las causales contempladas en las disposiciones acusadas, sin el consentimiento expreso y escrito de su titular, a no ser que dichas causales aparezcan, como condición de su ejercicio, en la respectiva licencia.

3-. En relación con las disposiciones acusadas del Acuerdo 18 de 1989, únicamente la causal de incumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia puede justificar legalmente su revocatoria sin violar el artículo 73 del C. C. A., pues las licencias de funcionamiento son verdaderos actos administrativos, creadores de situaciones jurídicas particulares que le reconocen a su titular un derecho de igual categoría y no pueden equipararse a simples actos policivos que contemplan una mera excepción a un régimen general de prohibiciones que amerite su revocatoria por motivos de orden público, sino

que confieren un innegable derecho particular y concreto hasta el punto que la Ley 9a. de 1989 instituye el silencio administrativo positivo, para cuando el particular no obtiene un pronunciamiento de la administración en relación con la solicitud de licencia debidamente presentada.

No se trata de actos de policía que puedan revocarse en cualquier tiempo, pues sin la necesaria seguridad de que un particular puede contar con el amparo legal de su establecimiento, no se arriesgaría a realizar mejoras y adecuaciones, como tampoco podría obtener "good will", todo lo cual conduciría a que la gente no creara empresas por el justo temor de perderlo todo, simplemente porque a un funcionario se le ocurre que la actividad ejercida, perturba el orden público o se opone a motivos de interés general, o porque a la administración se le antoje modificar radicalmente la legislación sobre usos atropellando a todos los ciudadanos.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Debe en primer término la Sala analizar el contenido de las disposiciones acusadas:

Señala el artículo 7o. del Decreto 462 de 1990:

"Revocación: Son causales de revocación de la licencia de funcionamiento:

a) Ejercer actividad diferente a aquella para la cual fue concedida la licencia de funcionamiento.

b) No cumplir con los requisitos de que trata el artículo segundo del presente Decreto.

c) El uso de documentos adulterados para obtener su expedición, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

d) La adulteración del documento constitutivo de la licencia, sin perjuicio de la sanción correspondiente.

e) El ejercicio de la prostitución.

f) La venta y consumo de estupefacientes.

g) La venta y distribución de artículos de contrabando.

h) El incumplimiento de los horarios establecidos en el Decreto Distrital No. 246 de 1989".

Prescribe el artículo 8o. *ibídem:*

"Revocación por orden público: El alcalde menor competente, podrá revocar la licencia de funcionamiento en cualquier tiempo, por razones de orden público interno".

Estatuye el artículo 11 *ibídem:*

"Cierre o suspensión: Las autoridades competentes podrán ordenar el cierre de los establecimientos **o la suspensión de licencias de funcionamiento,** cuando incumplan las disposiciones establecidas en los Códigos Nacional y Distrital de Policía" (la expresión subrayada fuera de texto es la que es objeto de acusación).

Las normas enjuiciadas del Acuerdo No. 18 de 1989, son del siguiente tenor:

"Artículo 415. El permiso o la licencia podrán ser revocados, suspendidos o cancelados en cualquier tiempo por incumplimiento de las condiciones en él impuestas y por motivos de orden público. La revocatoria deberá ser escrita y motivada".

"ARTICULO 416. La revocatoria del permiso o la licencia, compete al funcionario que la otorgó o a su superior jerárquico".

"ARTICULO 417. Toda persona que se sienta afectada con la concesión de un permiso o licencia, podrá demandar su revocatoria, siempre que se den las siguientes circunstancias:

a. Perturbación del orden público

b. Violación de la Ley o reglamento

c. Motivos de interés general".

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden reducirse a dos:

a): El alcalde Mayor de Bogotá no podía reglamentar la materia, ya que la única norma respecto de la cual podría hacerlo sería el artículo 319 del Acuerdo No. 6 de 1990 y él no da lugar a la consagración de causales de revocatoria.

b): Las causales consagradas violan el artículo 73 del C. C. A., pues los actos administrativos que expiden las licencias de funcionamiento para establecimientos comerciales, industriales y de servicios tienen contenido particular, individual y concreto y no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito de su titular.

Sobre el particular, advierte la Sala lo siguiente:

La vigilancia del ejercicio entre otras de las actividades que se desarrollan en los establecimientos de comercio, industriales o de servicios, está en cabeza de las autoridades locales, pues a ellas la Ley les ha conferido, como en este caso, la atribución

de otorgar licencias de funcionamiento (artículos 63 a 65 de la Ley 9a. de 1989), que equivale a permitir el ejercicio de tales actividades y por ende a controlar y velar porque se adecuen a la Constitución, la Ley y el reglamento.

Los Códigos Nacional y Distrital de Policía, consagran una serie de disposiciones que deben tener en cuenta las autoridades locales en aras de preservar la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas. Tal es el caso de los artículos 117 del Código Nacional de Policía que prevé que los establecimientos comerciales requieren permiso para su funcionamiento que se otorgará en cada caso, de Acuerdo con las prescripciones señaladas en el reglamento; 208 *ibídem* que consagra como causales para el cierre de dichos establecimientos el quebrantar el cumplimiento del horario de servicio señalado en los reglamentos de policía y tolerar el dueño o administrador de aquellos el consumo de estupefacientes; y 214 *ibídem* que establece como causal de suspensión de la licencia de funcionamiento el violar las condiciones de estas.

Las anteriores disposiciones fueron reproducidas en el Acuerdo No. 18 de 1989 que contiene el Código Distrital de Policía.

De otra parte, el Código Nacional de Policía dispone que cuando la Ley o el reglamento de policía subordine el ejercicio de una actividad a ciertas condiciones o al cumplimiento de determinados requisitos, dicha actividad no podrá ejercerse sino mediante el correspondiente permiso otorgado, previa comprobación de aquellas o el cumplimiento de éstos (artículo 15); que el permiso debe ser motivado y en él se debe expresar con claridad las condiciones de su caducidad (artículo 16); que la Ley o el reglamento señalarán el funcionario que debe conceder el permiso, el término de este y las causas de su revocación.

El Acuerdo 18 de 1989, en su artículo 363 facultó al alcalde Mayor de Bogotá para reglamentar lo concerniente a licencias de funcionamiento.

Conforme al artículo 7o. del Decreto 1355 de 1970 "Podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda de lo privado".

Según el artículo 8o. *ibídem:* "Las asambleas departamentales podrán hacerlo en relación con lo que no haya sido objeto de Ley o reglamento nacional".

Esta Corporación en sentencia de 30 de noviembre de 1982, con ponencia del consejero, doctor Jacobo Pérez Escobar, expediente 3598, expresó que teniendo el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, las mismas funciones que la Constitución le ha conferido a las Asambleas Departamentales en lo pertinente (artículo 2o. del Decreto Ley 3133 de 1968), debe tenerse en cuenta la atribución que el artículo 187 de la Carta le otorga a estas en su ordinal 9o. para reglamentar por medio de ordenanzas, lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal.

De Acuerdo con el artículo 9o. de la misma codificación "Cuando las disposiciones de las asambleas departamentales y de los concejos sobre policía necesiten alguna

precisión para aplicarlas, los gobernadores y alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin. Por tanto no podrán expedir normas de conducta no contenidas en las ordenanzas o en los Acuerdos".

De lo anterior, infiere la Sala lo siguiente:

La regulación de las actividades que se desarrollan en establecimientos de comercio, industriales y de servicios, es un asunto de competencia de las Asambleas y Concejos, en los aspectos no regulados por la Ley.

El ejercicio de dichas actividades que dan lugar al otorgamiento de licencias de funcionamiento por parte de las autoridades locales, ha sido objeto de disposición por la Ley 9a. de 1989, en sus artículo 63 a 65, en lo que toca con la autoridad encargada de otorgar tales licencias, el término para resolver la solicitud, el silencio administrativo positivo en caso de no resolver oportunamente, la obligación de comunicar y notificar personalmente a los vecinos y el señalamiento de los recursos que proceden contra los actos administrativos que otorguen licencias, pero no en lo atinente a causales de revocación de las licencias o de suspensión o cancelación de establecimientos de comercio, industriales o de servicios, por lo cual, conforme a lo normado en los artículos 8o. y 9o. del Código Nacional de Policía, transcritos, y 363 del Acuerdo 18 de 1989 (Código Distrital de Policía), puede ser susceptible de reglamentación por parte de aquellas, en este caso por el Concejo de Bogotá y el alcalde Mayor del Distrito Especial, hoy Distrito Capital.

Prescribe el artículo 81 del C. C. A.:

> "Procedimientos especiales.- En los asuntos departamentales y municipales, se aplicarán las disposiciones de la parte primera de este Código, salvo cuando las ordenanzas o los Acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos".

Como las normas del C. C. A. previstas en la primera parte sólo tienen aplicación para la Nación y las entidades descentralizadas, pues en asuntos de competencia de las Asambleas y Concejos, estos pueden expedir normas diferentes, la Sala concluye que teniendo a su cargo las autoridades locales la facultad de vigilar el ejercicio de las actividades que se desarrollen en los establecimientos de comercio, industriales y de servicios y aplicar las normas para que tal ejercicio se adecue a la Constitución, la Ley y el reglamento, podía el alcalde Mayor de Bogotá en virtud de la facultad de reglamentar lo concerniente a las licencias de funcionamiento que le fue otorgada en el Acuerdo 18 de 1990, así como el Concejo de Bogotá en los artículos 415 a 417 de este último, consagrar causales de revocatoria de los actos administrativos que conceden dichas licencias de funcionamiento, sin someterse a las prescripciones de la primera parte del C. C. A., de la cual hace parte el artículo 73.

Todo lo anterior conduce 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 22 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta sentencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en su sesión de fecha 24 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

MONOPOLIO DE JUEGOS/JUEGOS DE AZAR-Regulación/**CONGRESO DE LA REPUBLICA**-Facultades

No puede ninguna autoridad administrativa entrar a definir cuándo se está en presencia de juegos en donde sólo tiene incidencia la suerte, el azar, la habilidad, la destreza, la inteligencia de los jugadores, etc., y cuáles quedan enmarcados dentro de la actividad monopolística, pues ello es y debe ser objeto de regulación legal. No obstante lo anterior, en el caso que ocupa la atención de la Sala, las normas que invoca el actor como quebrantadas y el alcance de la violación que de ellas hace, no resultan suficientes para efectos de declarar la nulidad del acto acusado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 2407. Acción: Nulidad. Actor: *José James Chavez Muñoz.*

El ciudadano y abogado José James Chavez Muñoz, 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 tendiente a que se declare la nulidad del artículo 2o. 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", expedida por el presidente de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. "ECOSALUD S.A.".

I-. CAUSA PETENDI

En apoyo de su pretensión el actor aduce, en esencia, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO: VIOLACION DEL REQUISITO DE INDEMNIZACION PREVIA EN LOS CASOS DE MONOPOLIZACION

El artículo 336 de la Constitución Política alteró el término "industria", que contenía el artículo 31 de la Constitución de 1886, por la expresión "actividad económica", actividad esta en la que se considera la recreativa de los esferódromos.

El artículo 42 de la Ley 10a. de 1990 estableció el monopolio de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, como arbitrio rentístico.

Aunque esta Ley no previó la forma de indemnizar a los particulares que quedarían privados de la actividad que se monopolizaba (los juegos de suerte y azar), ello no implica que la empresa pública que se creó en el artículo 43 *ibídem* (ECOSALUD), no estuviera obligada a llevar a efecto tal indemnización, como en el caso de los esferódromos, que en virtud de la resolución que se ataca fueron sometidos por aquella a la administración de la actividad del monopolio, cuando realiza en el artículo 2o. la clasificación en juegos intermedios y menores, sin contar con la indemnización de los particulares que venían ejerciendo la actividad económica, violando así el artículo 336 de la Constitución Política, como también el artículo 58 *ibídem* que garantiza la propiedad privada que han tenido los particulares que adquirieron derechos cuya causa se deriva de la explotación del juego de esferódromo, que ahora se monopoliza.

SEGUNDO CARGO: VIOLACION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE LIBRE COMPETENCIA E INICIATIVA PRIVADA POR DESCONOCIMIENTO DE LA NATURALEZA DEL JUEGO DE ESFERODROMO

La resolución acusada incluyó como juego menor la actividad de los esferódromos en la creencia de que constituye una de las modalidades de juegos de suerte y azar.

El esferódromo es una modalidad de juego, pero no de los de la naturaleza de suerte y azar, sino que es un juego de suerte y habilidad. Así lo tuvo en cuenta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 12 de noviembre de 1959, actor Luis Alberto Melo D., confirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 26 de mayo de 1961.

Debe darse por cierto entonces que el esferódromo, por constituir una modalidad distinta del juego de suerte y azar, no entra en la órbita del monopolio de ECOSALUD.

En las sentencias referidas se atendió el mismo objeto técnico de la pretensión: la naturaleza del juego de esferódromo, y según su naturaleza se determina su forma de explotación: monopolística o de mercado.

Por conducto de esta demanda, se plantea la existencia de igual identidad técnica en cuanto a la naturaleza del juego, por cuanto lo ya decidido jurisdiccionalmente constituye un supuesto fáctico diferente al que supone el acto acusado.

Al desviar este acto el supuesto fáctico de su competencia, termina desviando su competencia jurídica (la atribuída en el artículo 42 de la Ley 10a. de 1990), ya que una forma de salirse de su marco lo constituye una errada apreciación de la naturaleza del juego.

Sobre la naturaleza del juego de esferódromo, el artículo 24, literal b, del Decreto 0114 de 9 de marzo de 1988, expedido por el alcalde del Distrito Especial de Bogotá, había establecido que se trata de un juego de suerte y habilidad, de aquellos en donde los resultados dependen tanto de la casualidad como de la capacidad, inteligencia y disposición de los jugadores.

Aunque podría presentarse un enfrentamiento de competencias entre la Alcaldía y ECOSALUD, lo que se quiere rescatar es la naturaleza del juego.

El acto acusado violó entonces por indebida aplicación el artículo 42 de la Ley 10a. de 1990, al incluir una modalidad de juego para la cual no se hallaba habilitada ECOSALUD, pues esta sólo está facultada para incluir en su campo de aplicación, las modalidades de juegos de suerte y azar.

Con base en las sentencias mencionadas, según las cuales el juego de esferódromo es de aquellos en los que la inteligencia del jugador determina la suerte o el resultado, la resolución acusada desborda el contenido del artículo 3o. del Acuerdo No. 18 de 1991, expedido por el Consejo Directivo de Ecosalud, en cuanto este, de mayor jerarquía que aquella, ha precisado el alcance conceptual del juego de suerte y azar: la acción del jugador no determina el resultado sino la casualidad. Por tanto también resulta quebrantado el artículo 54 *ibídem,* que habilita a ECOSALUD para ejecutar el Acuerdo, facultad que debe tomarse dentro de los límites que fija el mismo y no para desbordarlo.

Al incluir el acto acusado en el monopolio una modalidad de juego que debe funcionar bajo las reglas del mercado, ECOSALUD viola el artículo 333 de la Constitución Política, pues se provoca una exclusión de la garantía constitucional de la libre competencia, impidiendo a los particulares que desarrollen su iniciativa privada al no poder fundar una empresa basada en esta actividad.

II-. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1-. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. "ECOSALUD S.A.", a través de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de su pretensión, argumentando al efecto, en síntesis, lo siguiente:

1-. En el caso que nos ocupa, no cabe hablar de perjuicios ni de indemnización debido a que con la sola expedición de la Ley 10a. de 1990 no se causaron aquellos, ya que todo el que deseaba continuar con la explotación del juego de esferódromo lo podía seguir haciendo, sujetándose a las disposiciones transitorias, para entonces vigentes, contenidas en el artículo 55 del Acuerdo No. 18 de 17 de septiembre de 1991.

La vocación para impetrar la indemnización sólo la tiene la persona natural o jurídica que se vea privada del ejercicio de una actividad lícita y ello presupone el título jurídico, anterior a la creación del monopolio, que legitimaba el ejercicio de la actividad monopolizada. Al demandante no se le ha concedido el privilegio para explotar el juego de suerte y azar denominado "esferódromo".

De aceptarse la tesis del actor, ninguna persona montaría empresa comercial para explotar tal actividad, ya que los jugadores con inteligencia y capacidad, saldrían siempre ganadores de la apuesta.

Ninguna persona ha sido ni será indemnizada por el juego de esferódromo porque antes de crearse el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, nadie era titular legítimo de esa actividad.

2-. Existen limitaciones a la libre competencia y ellas son los monopolios estatales que sólo pueden establecerse como arbitrio rentístico y en virtud de la ley.

En desarrollo de su objeto social, ECOSALUD ha entendido que los juegos en los que el resultado depende del azar o de la destreza, denominado de suerte y habilidad en el Acuerdo 18 de 1991, en cuanto llevan implícito el factor "álea", encuadran dentro de los juegos de suerte y azar que contempla la Ley 10a. de 1990 como arbitrio rentístico de la Nación.

De conformidad con la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 12 de noviembre de 1959, el juego de esferódromo es de aquellos en que la ganancia depende del azar o de la destreza de los jugadores. Por ello cae dentro de la órbita de competencia de ECOSALUD S.A. y es a esta entidad a la que le corresponde autorizar o conceder a un tercero permiso para explotarlo.

II.2-. En la etapa de alegaciones las partes ratificaron sus planteamientos expresados en la demanda y contestación de la misma.

III-. CONCEPTO FISCAL

La procuradora primera delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda, por los siguientes razonamientos:

En el caso en estudio, con la expedición de la Ley no se originaron perjuicios a terceros ya que se previó que quien deseara continuar con la explotación del juego, podría hacerlo ciñéndose a las disposiciones transitorias señaladas en el artículo 55 del Acuerdo 18 de 1991.

El Decreto 0114 de 9 de marzo de 1988, expedido por el alcalde Mayor de Bogotá, en su artículo 24 señala a los esferódromos como juegos de suerte y habilidad. Pero con posterioridad la Ley 10a. de 1990 determina a ECOSALUD S.A. como la titular de los monopolios rentísticos mencionados, dejando a su cargo la explotación y administración de los mismos; y el Decreto 2433 de 29 de octubre de 1991, expedido por el presidente de la República, "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10a. de 1990", le asigna a ECOSALUD la facultad de fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar.

Mediante el oficio 1004 de 26 de noviembre de 1993, la Secretaría de Gobierno de Bogotá -Dirección de Rifas, Juegos y Espectáculos-, atendiendo la petición de la Sección Primera de esta Corporación, conceptuó que el esferódromo es un juego de suerte y azar.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 2o. de la resolución No. 207 de 1o. de septiembre de 1992, clasifica en la modalidad de Juegos menores de suerte y azar, entre otros, al esferódromo.

La controversia gira en torno de establecer si podía o no el acto acusado incluir como objeto del monopolio de los juegos de suerte y azar el esferódromo y si se debía cumplir o no el requisito de la indemnización previa que prevé la Carta Política en su artículo 336.

Sobre el particular, la Sala advierte lo siguiente:

Con la expedición de la Ley 10a. de 1990, se estableció el monopolio de los juegos de suerte y azar como arbitrio rentístico en favor de la Nación (artículo 42).

Dicha disposición fue avalada con la promulgación de la Carta Política de 1991, cuando en su artículo 336, inciso 4o. estatuyó que: "Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar, estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud".

Tanto durante la vigencia de la Carta de 1886 como en la de 1991, se prevé que la Ley que establezca un monopolio, no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de la industria o actividad económica lícita.

Ciertamente, la resolución acusada está clasificando como modalidad del juego de suerte y azar, entre otros, al esferódromo, para los efectos de la Ley 10a. de 1990 y del Acuerdo 18 de 17 de septiembre de 1991.

Sin embargo, conforme al contenido del artículo 336, inciso 3o. de la Constitución Política de 1991 "...La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental".

Del contenido de la disposición transcrita se infiere que corresponde a una Ley especial -de iniciativa gubernamental- fijar el régimen propio de los monopolios, y determinar, concretamente en el caso *sub exámine,* entre otros aspectos, cuáles son las modalidades de los juegos de suerte y azar que quedan comprendidos en el monopolio; las pautas como ha de operar la indemnización y en qué casos hay lugar a ella, pues tales aspectos precisamente son los que conciernen a la organización, control, administración y explotación de los monopolios.

No puede, por lo mismo, ninguna autoridad administrativa entrar a definir cuándo se está en presencia de juegos en donde sólo tiene incidencia la suerte, el azar, la habilidad, la destreza, la inteligencia de los jugadores etc., y cuáles quedan enmarcados dentro de la actividad monopolística, pues ello es y debe ser objeto de regulación legal.

No obstante lo anterior, en el caso que ocupa la atención de la Sala, las normas que invoca el actor como quebrantadas y el alcance de la violación que de ellas hace, particularmente del artículo 336, inciso 4o., no resultan suficientes para efectos de declarar la nulidad del acto acusado, ya que para nada invocó la preceptiva del inciso 3o. del precitado artículo, y por ello habrán de desestimarse las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

PODER ESPECIAL-Terminación/**ABOGACIA/EJERCICIO DE LA PROFESION**

El poder termina sólo en el momento en que quien lo confirió, presente en la Secretaría del despacho donde curse el asunto, el escrito que lo revoque o que designe nuevo apoderado sustituto. El hecho de ejercerse un poder por parte de un funcionario público, en los casos en que no se hayan dado las circunstancias previstas en el artículo 69 del C. de P. C., no constituye necesariamente el ejercicio de una función pública, pues la actividad y las gestiones que en virtud de dicho poder deben adelantarse o cumplirse ante cualquier despacho del orden administrativo o judicial para atender el asunto de que se trate, deben entenderse ajenas en esas circunstancias al ejercicio de las funciones públicas propias del cargo, pues mientras que estos sólo tienen que ver con el debido cumplimiento de sus deberes como funcionario, aquellas se derivan de la responsabilidad que adquirió al aceptar el poder, y que, en los efectos que produzcan, en nada pueden interferir con la relación o situación laboral en que se encuentre.

HONORARIOS PROFESIONALES/INCIDENTE DE REGULACION DE HONORARIOS/CONTRATO DE MANDATO

Dado que las gestiones o actuaciones cumplidas por el incidente durante el mencionado lapso, lo fueron a título de abogado particular, y en ejercicio de un poder legalmente conferido, resulta evidente que en este caso cabe predicar la existencia de un contrato de mandato, en los términos de los artículos 2142 y ss. del Código Civil, el cual, al no ser gratuito por esencia, y ante la natural ausencia de una remuneración

pactada, corresponde al juez, con fundamento en la ley, proceder a su justa tasación.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente No. 520. Actor: *Pizza Hut Inc.*

Procede el despacho a decidir el incidente de regulación de honorarios profesionales propuesto por el abogado Pablo Edgar Pinto Pinto, de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 69 del C. de P. C., y quien actuó como apoderado judicial de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio, parte demandada en el proceso de la referencia.

I.- LA PROPOSICION DEL INCIDENTE

Mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 1992, el abogado Pablo Edgar Pinto Pinto, solicitó que mediante trámite incidental, se regulen sus honorarios profesionales, para cuyo efecto pide tener en cuenta su intervención en la audiencia pública celebrada el 18 de junio de 1992, con "su ratificación", y la vigilancia que requirió el proceso desde el 30 de abril de 1992 (fl. 2, cdno. No. 3).

II.- LA CONTESTACION DEL ESCRITO DEL INCIDENTE

En la contestación del escrito del incidente propuesto, el superintendente de Industria y Comercio expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 4 a 9 *ibídem*):

1o.) El señor Pinto intervino en el proceso mediante poder que le fue conferido por la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de abogado vinculado como empleado de tiempo completo, en los términos del artículo 151, inciso segundo, del C. C. A., y cesó con su desvinculación voluntaria de la entidad.

En efecto, si se tiene en cuenta que el señor Pinto se retiró voluntariamente de la entidad poderdante el 30 de abril de 1992, por haberse acogido al Plan de Retiro Compensado, resulta necesario concluir que al producirse su desvinculación, "...necesariamente cesó su capacidad para desempeñar funciones públicas propias del cargo que ocupó hasta ese momento y también, necesariamente cesó su capacidad para representar a la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de un poder a él conferido en su calidad de funcionario vinculado a la entidad, lo cual está comprendido por las funciones del cargo y tiene como único fundamento su vinculación a la entidad".

Por consiguiente, el ejercicio de las funciones de vigilancia y representación de la entidad demandada por parte de dicho profesional, con posterioridad al 30 de abril de 1992, carece de toda validez, e incluso puede constituir una violación del artículo 161 del Código Penal.

2o.) A pesar de que el poder conferido al abogado Pinto Pinto perdió validez desde la fecha de su desvinculación de la entidad poderdante, este fue revocado el 18 de junio de 1992 y, por tal razón, al tenor del artículo 69 del C. de P. C., en esa fecha se produjo su terminación.

3o.) Desde la fecha de su desvinculación de la entidad demandada, hasta la fecha de revocación del poder, la Oficina Jurídica, en repetidas ocasiones solicitó al señor Pinto sustituir todos los poderes que le hubieren sido conferidos para ejercer la representación de la entidad. Precisamente, por haber desatendido las solicitudes formuladas en tal sentido, y con el fin de evitar un ejercicio indebido de los poderes conferidos, el superintendente de Industria y Comercio procedió a revocarlos.

Las repetidas solicitudes de sustituir los poderes, demuestra la expresa manifestación de voluntad de la entidad poderdante de que se abstuviera de seguir actuando en su representación. Dicha manifestación, "... unido al hecho de haber intervenido en la audiencia que dentro del proceso de la referencia se celebró, permite pensar que su evasiva a sustituir los poderes pudiese estar determinada por móviles relacionados con la indebida representación de la entidad que pretendió ejercer".

4o.) A partir de la fecha de desvinculación del señor Pinto, la Oficina Jurídica de la entidad demandada asumió directamente, por intermedio de sus funcionarios, la vigilancia de todos los procesos en los cuales dicho profesional había actuado como su apoderado. Sobre este hecho puede indagarse en la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado.

III.- LAS PRUEBAS

De conformidad con el artículo 137, numeral 3 del C. de P. C., durante el trámite del incidente se decretaron, practicaron, y se dispuso tener como pruebas, las siguientes:

1o.- Certificación expedida por el jefe de la Sección de Personal de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el cargo y las funciones desempeñadas por el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto como funcionario de dicha entidad, el tiempo de servicios, y la causa y fecha de su retiro (fls. 11 y 12, cdno. No. 3).

2o.- Intervención del doctor Pinto Pinto en la audiencia pública llevada a efecto el 18 de junio de 1992, de acuerdo con la grabación magnetofónica que de ella obra a fl. 288 del cdno. No. 1 y el resumen que de la misma obra a fls. 245 a 247 del mismo cuaderno.

3o.- Certificación expedida por la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación, según la cual la persona que realizó la vigilancia del proceso durante el lapso comprendido entre el 1o. de mayo y el 18 de junio de 1992, fue el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto, apoderado de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio, quien según allí se expresa, concurrió en varias oportunidades a la Secretaría con el fin de realizar averiguaciones sobre el estado del mismo.

IV.- CONSIDERACIONES

De los acápites que anteceden, el despacho considera que el principal y, por tanto, primer punto que debe definirse para resolver este incidente, es el relacionado con el derecho o la ausencia del mismo que tenga el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto a obtener el reconocimiento judicial de honorarios profesionales por las gestiones realizadas en el proceso de la referencia durante el período de tiempo comprendido entre la fecha de su desvinculación de la entidad demandada, a la cual prestaba sus servicios, y la fecha en que se produjo la revocatoria del poder a él conferido.

Para lograr el mencionado propósito, el despacho se referirá inicialmente a cada uno de los argumentos en los cuales, la Superintendencia de Industria y Comercio, fundamenta su oposición a las pretensiones del incidente.

1o.) Como atrás se dio cuenta, el primer argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio consiste en que el poder otorgado al doctor Pinto Pinto para representarla en el proceso de la referencia le fue conferido en su calidad de abogado-funcionario de la misma y, por lo tanto, desde el mismo momento en que hizo dejación de su cargo, cesaron sus efectos y la capacidad de dicho exfuncionario para desempeñar las funciones públicas que implican la representación judicial de la entidad.

Del anotado argumento, se deduce que son dos los aspectos que deben estudiarse, a saber:

a) Si el hecho del retiro del servicio de un funcionario público, a quien se le confirió poder para representar judicialmente a la entidad a la cual se encontraba vinculado, tiene la virtualidad de hacer cesar en sus efectos dicho poder, a partir de la fecha de su desvinculación.

b) Si el ejercicio de un poder que le fuera conferido a un funcionario público, con posterioridad a la fecha de su desvinculación, implica el desempeño de funciones públicas y, más concretamente, de aquellas que estaban asignadas al cargo que desempeñaba.

Con relación al primero de dichos aspectos, el despacho considera que no asiste razón a la Superintendencia de Industria y Comercio pues, para casos como el presente, el inciso primero del artículo 69 del C. de P. C. es claro y categórico en el sentido de que el poder termina sólo en el momento en que quien lo confirió presente en la secretaría del despacho donde curse el asunto, el escrito que lo revoque o que designe nuevo apoderado sustituto.

Además, de lo anterior cabe agregar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna en la cual pueda tener asidero el planteamiento que se analiza, o que consagre una excepción a la regla trazada por el artículo 69 del C. de P. C. y, en cambio, sí se encuentra aquella contenida en el numeral 2 del artículo 55 del Decreto 196 de 1971, que constituye el estatuto del ejercicio de la abogacía, según el cual el abogado que sin justa causa descuide o abandone el asunto que se le haya encargado, incurre en falta a la debida diligencia profesional.

En cuanto al segundo aspecto, que en criterio del despacho guarda estrecha relación con el que se acaba de analizar, se considera que el hecho de ejercerse un poder por parte de un funcionario público, en los casos en que no se hayan dado las circunstancias previstas en el artículo 69 del C. de P. C., no constituye necesariamente el ejercicio de una función pública, pues la actividad y las gestiones que en virtud de dicho poder deben adelantarse o cumplirse ante cualquier despacho del orden administrativo o judicial para atender el asunto de que se trate, deben entenderse ajenas en esas circunstancias al ejercicio de las funciones públicas propias del cargo, pues mientras que éstos sólo tienen que ver con el debido cumplimiento de sus deberes como funcionario, aquellas se derivan de la responsabilidad que adquirió al aceptar el poder, y que, en los efectos que produzcan, en nada pueden interferir con la relación o situación laboral en que se encuentre.

2o.) En cuanto al segundo argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio, el despacho considera que ya fue suficientemente analizado y definido en el estudio del punto anterior.

3o.) Con relación al tercero de los argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio, consistente en que el doctor Pinto Pinto hizo caso omiso a las solicitudes que se le formularon para sustituir los poderes, el despacho considera que constituye una simple afirmación subjetiva, pues carece de todo respaldo probatorio.

4o.) Sobre el cuarto argumento de la mencionada entidad del Estado, según el cual durante el lapso comprendido entre el 30 de abril y el 18 de junio de 1992, fecha esta última en la cual se presentó el memorial de revocatoria del poder conferido al doctor Pinto Pinto, el proceso no fue atendido por dicho profesional, sino por otros funcionarios de la Superintendencia, el despacho considera que él se desvirtúa con la certificación expedida por la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación, en la cual expresa, como atrás se consignó, que fue el doctor Pinto Pinto quien estuvo vigilante del mismo.

Ahora bien, definido como se encuentra que las actuaciones o diligencias llevadas a cabo por el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto en el proceso de la referencia, durante el período de tiempo comprendido entre el 30 de abril y el 18 de junio de 1992, fueron consecuencia del válido ejercicio del poder a él conferido por la Superintendencia de Industria y Comercio, corresponde al despacho definir si ellos deben tener o no un reconocimiento económico y, en caso afirmativo, cuál sería el *quantum* de los honorarios profesionales por dichas gestiones.

Al respecto, dado que las gestiones o actuaciones cumplidas por el incidente durante el mencionado lapso, lo fueron a título de abogado particular, y en ejercicio de un poder legalmente conferido, resulta evidente que en este caso cabe predicar la existencia de un contrato de mandato, en los términos de los artículos 2142 y ss. del Código Civil, el cual, al no ser gratuito por esencia, y ante la natural ausencia de una remuneración pactada, corresponde al juez, con fundamento en la ley, proceder a su

justa tasación. Para lograr este efecto, el despacho acude a la resolución No. 0020 de 20 de enero de 1992, emanada del Ministerio de Justicia (Diario Oficial No. 40.335), mediante la cual se aprobó la tarifa de honorarios profesionales del Colegio Nacional de Abogados.

Como quiera que en el presente caso se da la circunstancia de que a pesar de haberse ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el proceso carece de cuantía, como se desprende de las pretensiones de la demanda, se hace imperativo acudir a la tarifa establecida en el numeral 4.17 de dicha resolución para las acciones de simple nulidad, cuyo monto debe determinarse sobre una base mínima de cuatro salarios mínimos. Sin embargo, teniendo en cuenta que la labor profesional llevada a cabo por el doctor Pinto Pinto durante el mencionado lapso consistió en la vigilancia del proceso, en la intervención en la audiencia pública celebrada el 18 de junio de 1992, y en la presentación de un resumen de la misma, como consta en el expediente (fls. 245 a 247 y 288, cdno. 1), el despacho, en la parte resolutiva de esta providencia, regulará sus honorarios profesionales en la suma de cuarenta mil pesos ($40.000.oo) m/cte., los cuales serán de cargo de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el despacho

RESUELVE:

REGULANSE los honorarios profesionales del doctor Pablo Edgar Pinto Pinto, en la suma de cuarenta mil pesos ($40.000.oo) m/cte., los cuales serán de cargo de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado

ACTO GENERAL/ACTO PARTICULAR-Inexistencia/**MONOPOLIO DE LOTERIAS**

La Circular Externa demandada, es un acto de contenido general, impersonal y objetivo, susceptible de enjuiciamiento a través de la acción pública de nulidad, por cuanto el no individualizar e identificar concretamente a los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias destinatarias, los efectos llamados a producir el acto, afectan indistinta y genéricamente a todos los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias, a través de sus representantes legales y revisores fiscales, que en la fecha de su expedición o en el futuro deban contabilizar,liquidar y pagar rentas generadas en sorteos extraordinarios. Es decir, que el carácter individual de un acto no está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales él está dirigido, sean fácil o difícilmente individualizables o identificables, sino que ellos estén efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación. De no entenderse así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2757. Actor: *Lucy Cruz de Quiñónez.*

Procede la Sala de Decisión de la Sección Primera a resolver el recurso ordinario de súplica, interpuesto oportunamente por la accionante contra el auto de 26 de enero de 1994, proferido por el señor consejero de Estado, doctor Miguel González Rodríguez, con el fin de obtener su revocatoria.

I.- ANTECEDENTES

La ciudadana y abogada Lucy Cruz de Quiñonez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., demandó de esta Corporación la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la Circular Externa No. 051 de 27 de octubre de 1993, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, dirigida a los "representantes legales y revisores fiscales de los sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y Beneficencias que administran loterías", para efectos de indicarles la manera como ha de contabilizarse y liquidarse la renta generada que ha de transferirse al Servicio Nacional de Salud, así como el término dentro del cual debe hacerse tal transferencia.

II.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante la providencia recurrida en súplica, se dispuso la inadmisión de la demanda y la entrega de sus anexos sin necesidad de desglose, con fundamento en las siguientes consideraciones (fls. 46 a 48).

"Del contenido el acto acusado se infiere su carácter particular y concreto como quiera que sus destinatarios son fácilmente individualizables.

"Dentro de los actos de contenido particular en listados en la ley como susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, como la aquí ejercida, no se halla el que es materia de tal acción; tampoco se dan los presupuestos para la viabilidad de la acción prevista en el artículo 85 del C. C. A., dado que la actora en su libelo no expresa el interés que le asiste para impetrar la nulidad del acto que supuestamente le ha lesionado su derecho".

III.- LA SUSTENTACION DEL RECURSO

La accionante expresa, de la manera como se resume a continuación, su disentimiento para con la provincia recurrida (fls. 49 a 57):

Luego de extensas explicaciones y precisiones jurisprudenciales y doctrinales sobre las características específicas en los actos administrativos de contenido general, la recurrente expresa que "no existe norma jurídica que consagre que los actos regla dirigidos a un grupo de personas jurídicas y naturales individualizables pero indetermi-

nadas, sean actos de carácter subjetivo, concreto y particular, y que por lo tanto, la única vía procesal sea la del contencioso subjetivo. Esta es una inferencia que no tiene fundamento constitucional y legal. Puede decirse que los actos regla que dicten las entidades de control y vigilancia, siempre están dirigidos a un determinado grupo de personas por las funciones o actividades que éstas desarrollan, pero esta circunstancia no los convierte en actos de contenido particular y concreto. Si esto no fuese así, implicaría que una vez dictados estos actos regla, no podrían por ejemplo, ser revocados sin el consentimiento del particular afectado, requerirían de una diligencia de notificación y no de la simple publicación".

De otra parte, si se analiza el contenido del acto acusado, se aprecia que este acto afecta, con vocación de permanencia, a todas las loterías y beneficencias que existen o que llegaren a existir como operadoras de los sorteos ordinarios o extraordinarios y que, al no estar identificadas de manera concreta, crea una situación general, cuyo contenido es igual para todas.

Por último, en ninguna parte de la demanda aparece "... la defensa de un interés subjetivo, así no estuviese expresado en ella, la eventual declaratoria de nulidad no implica el restablecimiento automático de ningún derecho. Lo anterior también se infiere de quien ejerce la acción popular, pues a la suscrita objetivamente no la beneficiaría en forma directa el pronunciamiento jurisdiccional anulatorio".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del correspondiente estudio y análisis de los fundamentos del auto impugnado, de las razones expresadas por la suplicante y del acto acusado, la Sala considera que el recurso interpuesto debe ser resuelto favorablemente y, en tal virtud, en la parte resolutiva de esta providencia se procederá a revocar la decisión recurrida, por las siguientes y breves razones:

Si se tiene en cuenta que mediante el acto acusado, la Superintendencia Nacional de Salud impartió instrucciones a los "representantes legales y revisores fiscales de sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administran loterías" sobre la contabilización, liquidación y giro de las utilidades que generen los sorteos extraordinarios, surge la necesaria conclusión de que la Circular Externa No. 051 de 1993, es un acto de contenido general, impersonal y objetivo, susceptible de enjuiciamiento a través de la acción pública de nulidad, por cuanto al no individualizar e identificar concretamente a los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias destinatarias, los efectos llamados a producir el acto, afectan indistinta y genéricamente a todos los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias, a través de sus representantes legales y revisores fiscales, que en la fecha de su expedición o en el futuro deban contabilizar, liquidar y pagar rentas generadas en sorteos extraordinarios.

Es decir, que el carácter individual de un acto no está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales él está dirigido, sean fácil o difícilmente individualizables o

identificables, sino que ellos estén efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación. De no entenderse así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto.

De otra parte, de la lectura de la Circular acusada, la Sala no encuentra que las instrucciones en ella contenidas creen, modifiquen o extingan en favor de persona alguna, una situación jurídica individual, particular o concreta que permita predicar que sólo sus destinatarios pueden tener aptitud legal para demandar su declaratoria de nulidad en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 26 de enero de 1994, mediante el cual se inadmitió la demanda presentada por la ciudadana Lucy Cruz de Quiñonez, en ejercicio de la acción de nulidad y, en su lugar, SE DISPONE que por el consejero sustanciador se proceda a proyectar la providencia admisoria de la demanda, teniendo en cuenta que en ella se solicita la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su Sesión de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACTO PARTICULAR/ACTO GENERAL-Inexistencia/**ACCION DE NULIDAD**-Improcedencia/(Salvamento de voto).

El acto acusado, dado su contenido, se refiere a personas determinadas como lo son los destinatarios del mismo. Dicho acto crea una situación jurídica particular y concreta frente a éstos, ya que les imparte instrucciones en lo tocante a la contabilización, liquidación y giro de las rentas o utilidades en referencia, y sobre la información que deben suministrar a la entidad expedidora del acto y encargada de la inspección y vigilancia de la actividad administrativa en referencia. Por ello, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos, hizo bien el señor consejero sustanciador en inadmitir el libelo demandatorio, habida cuenta que dicho acto no es susceptible de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad.

Salvamento de voto

Ref.: Expediente No. 2757. Actora: *Lucy Cruz de Quiñonez*

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he apartado de la decisión mediante la cual se revocó el auto inadmisorio de la demanda de 26 de enero de 1994, proferido por el señor consejero de Estado, doctor Miguel González Rodríguez, en Sala Unitaria, y, en su lugar, se dispuso que por el expresado consejero se proyecte la providencia admisoria de la demanda y que resuelva la solicitud de suspensión provisional.

Mi disentimiento descansa en que, a mi juicio, el auto revocado estuvo bien proferido y ajustado a derecho.

En efecto, el acto acusado, que es la Circular Externa No. 051 de 27 de agosto de 1993, expedida por el señor superintendente nacional de Salud, es muy claro en señalar que por él a personas claramente determinadas e individualizadas, como son los representantes legales y revisores fiscales de los sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administran loterías, se les imparte instrucciones sobre la contabilización, liquidación y giro de las rentas o utilidades que obtengan las entidades a que pertenecen en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar que están destinados exclusivamente a los servicios de salud y sobre la información que deben rendir al respecto a la Superintendencia Nacional de Salud.

Para mí resulta claro que el acto acusado, dado su contenido, se refiere a personas determinadas como lo son los destinatarios del mismo. Dicho acto crea una situación jurídica particular y concreta frente a éstos, ya que les imparte instrucciones en lo tocante a la contabilización, liquidación y giro de las rentas o utilidades en referencia, y sobre la información que deben suministrar a la entidad expedidora del acto y encargada de la inspección y vigilancia de la actividad administrativa en referencia.

Por ello, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos, hizo bien el señor consejero sustanciador en inadmitir el libelo demandatorio, habida cuenta que dicho acto no es susceptible de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, conforme lo ha sostenido la Sección en forma uniforme y reiterada a partir de la providencia de 2 de agosto de 1990, Consejero Ponente: doctor Pablo J. Cáceres Corrales, actor: Oswaldo Cetina Vargas.

Fecha ut supra,

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES- Naturaleza/**GOBIERNO NACIONAL-**Facultades/**CAJANAL-**Reestructuración/ **SUSPENSION DE EMPLEOS**

Los Decretos que expide el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Carta, por las materias que regula, que son las mismas que la Constitución le atribuye al Congreso, tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar inhabilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno. Significa lo anterior que los actos que dicte el presidente de la República, en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley y por lo tanto a través de ellos podía dictar las mismas normas, para cuya expedición está habilitado el Congreso, dentro de las cuales están incluidas, desde luego las concernientes a la seguridad social, a la organización, dirección y reglamentación de los servicios de salud, lo mismo que a las políticas para la prestación de dichos servicios. Las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos cuando el precepto 21 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 se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones.

COMISION ASESORA DEL GOBIERNO /GOBIERNO NACIONAL-Facultades

La finalidad buscada por el Constituyente en el artículo transitorio 20, fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conceptos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así quien vendría a asumir las facultades allí previstas, habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarlas a efecto.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD/CAJANAL-Reestructuración/**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA**

El Decreto no está desconociendo el acceso preferencial de los trabajadores a la propiedad de la entidad, antes por el contrario, deja abierta la posibilidad para que organizaciones de exempleados, mediante condiciones especiales accedan a la propiedad de los bienes de la Caja. La prestación de los servicios de salud no es tarea exclusiva del Estado, sino que también dicha actividad puede ser desarrollada por comunidades organizadas y por particulares, lo cual está en concordancia con los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución, donde se consagra la descentralización por colaboración privada como forma de prestar el servicio público de salud y de ampliar la cobertura de la seguridad social.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso administrativo.– Sección Primera.–

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Ref.: Expediente No. 2345. Decretos del Gobierno. Actora: *María Paulina Ruiz Borráz y otros.*

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro de la acción de nulidad propuesta por María Paulina Borráz y otros trece ciudadanos, contra la totalidad del Decreto 2147 de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-, proferido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda se citan como infringidas por parte del acto acusado, las disposiciones contenidas en el preámbulo y los siguientes artículos de la Carta Política: 1, 2, 3, 4, 13, 25, 47, 48, 49, 53, 56, 113, 123, 125, 150, numerales 7, 189, numerales 14, 15 y 16, 209, 210, 215, 286, 287, 298, 302, 311, 322, 336, 356, 357, y los transitorios 20 y 57.

En el capítulo que la demanda titula "Concepto de las violaciones a las normas constitucionales", los actores emplean la mayor parte de su discurso en lucubraciones acerca del Estado Social de Derecho; del servicio público; del Estado intervencionista, participante y concertador; de la seguridad social y de la Caja Nacional de Previsión Social. Aunque en este mismo espacio se citan como violadas numerosas normas constitucionales, en las más de las veces no se expresa en forma clara y concreta el concepto de la violación. Sin embargo, la Sala en aras de la claridad, se esfuerza por determinar, en la siguiente forma, los cargos formulados para luego ocuparse de ellos en la medida en que las normas citadas como transgredidas y las correspondientes señaladas como transgresoras, así como lo que al respecto de ellas se diga, lo permitan.

Primer cargo: El Ejecutivo transgredió la competencia del Congreso con violación de los artículos 48, 49 y transitorio 57 de la Constitución Nacional, por cuanto para definir el nuevo sistema de la salud, hay una competencia legislativa, de tal manera que mientras dicho sistema no sea definido por el legislador, no le es dado al Ejecutivo hacerlo.

En este mismo sentido aduce la demandante que es la ley la que debe reglamentar la prestación de los servicios públicos de la seguridad social y de la salud, así como la reasignación de competencias, y sólo cuando esa reglamentación sea una realidad, procederá la reestructuración de las entidades del sector. En otras palabras, se considera que para poner en marcha los mandatos constitucionales en materia de seguridad social y de salud, se requiere necesariamente la expedición de una ley.

Segundo cargo: El decreto acusado viola los artículos 55 y 125 de la Constitución Nacional, mediante los cuales se establece la carrera administrativa para acceder a los cargos públicos, el ascenso de los mismos y la calificación para el retiro, el cual sólo podrá ser ocasionado por violación al régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y en la ley.

Tercer cargo: Los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14 y 15 del acto impugnado, violan el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad, concretamente los artículos 13 y 125 de la Carta Política, porque desvincula a los trabajadores de la Entidad, persiguen el retiro masivo obligatorio con indemnizaciones irrisorias que no garantizan una vida digna a los trabajadores y sus familias; violan las causales taxativas de retiro y no posibilita en el evento del retiro por supresión de empleos, escoger entre el reconocimiento y pago de una indemnización y la obtención de un tratamiento preferencial en los términos establecidos en el Decreto Ley 2400 de 1968.

Cuarto cargo: Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por parte del capítulo II del decreto, dado que la competencia otorgada al Gobierno, lo era taxativamente para suprimir, fusionar y reestructurar. De ella no se pueden deducir otras como suprimir cargos, privatizar entidades, cambiar de naturaleza a los organismos, abolir dependencias, establecer planes de retiro, etc., pues para ello no fue facultado el Gobierno en forma explícita y este por vía de interpretación no se podía abrogar tales atribuciones.

A este respecto se agrega que los tres comisionados del Consejo de Estado en la Comisión de Expertos en memorando sobre el alcance de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional después de analizar los tres verbos rectores, concluyen que la administración sólo tuvo facultades para incurrir en una de estas tres conductas única y exclusivamente, de tal manera que cualquiera otra adoptada por el Gobierno es inconstitucional.

Quinto cargo: El término concedido al Gobierno para efectuar la modernización estatal venció el 3 de enero de 1993, mientras que el Decreto 2147 fue expedido el 30 de diciembre de 1992 y en él únicamente se ofrece a la dirección de la entidad, unos mecanismos jurídicos para efectuar una reestructuración y la prueba de ello es que se requiere un nuevo acto administrativo, de tal manera que éste y su ejecución se darán de manera extemporánea.

Sexto cargo: Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, porque la evaluación y las respectivas recomendaciones de la Comisión de Expertos, debieron haber sido tenidas en cuenta por el Gobierno Nacional. En este sentido también se apunta que el Gobierno al no permitir a la Comisión de Expertos hacer una evaluación de las entidades para formular recomendaciones con seriedad, violó el procedimiento preceptuado en el artículo transitorio 20 y por lo tanto el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Séptimo cargo: El Gobierno transgredió el principio de publicidad de la función pública, consagrado en el artículo 209 de la Carta, al haber preparado y proferido el Decreto acusado a espaldas, tanto de la opinión pública, como de los afiliados, usuarios y trabajadores. También hubo violación del preámbulo y de los artículos 1, 2 y 57 de la Carta Política, al no permitir la participación de los directamente afectados en la preparación del decreto de la reforma de Cajanal.

Octavo cargo: Violación del artículo 60 de la Constitución Nacional por parte del parágrafo del artículo 2o. del Decreto acusado, mediante el cual se dispone que dentro del procedimiento de enajenación de activos, se podrán establecer condiciones especiales para que puedan acceder a la propiedad de los mismos las sociedades anónimas en cuyo capital mayoritariamente participen exempleados de la entidad.

Noveno cargo: Violación de los artículos 2, 48, 49, 334 y 365 de la Constitución Nacional. El decreto impugnado busca eximir al Estado de la obligación como interventor en el área de los servicios públicos. El artículo 365, si bien contempla la posibilidad de que estos sean prestados por comunidades organizadas o por particulares, no implica una patente de corso para la privatización automática de las entidades estatales que prestan dichos servicios.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas por el señor apoderado de la Caja Nacional de Previsión, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión. La Sala las sintetiza en la siguiente forma:

El artículo transitorio 20 de la Constitución Política, no prevé ninguna condición previa a la expedición del acto acusado, consistente en que debía esperarse el desarrollo

legal para que procediera a efectuarse la reestructuración. El ordenamiento constitucional transitorio tuvo por objeto facilitar la pronta entrada en vigencia de la nueva Constitución, precisamente en previsión de la lentitud que es propia al normal trámite de las leyes. El Gobierno Nacional no estaba sujeto a "referentes legales", inexistentes por demás, para la expedición del acto acusado.

Tal como lo ha expresado la Sección Primera del Consejo de Estado, la consagración "como causal de retiro del cargo, la supresión del mismo como consecuencia de la reestructuración, perfectamente se adecúa a las facultades del artículo transitorio 20".

El acto acusado se dictó dentro del plazo constitucional de 18 meses establecido por la disposición constitucional transitoria.

Los mismos demandantes aluden a la evaluación que la Comisión hizo del proyecto de reestructuración de CAJANAL, y al memorando que, con ocasión de la evaluación, elaboraron los tres comisionados del Consejo de Estado.

El Gobierno sí tuvo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Expertos y frecuentemente también las que mediante memorandos formularon los tres comisionados del Consejo de Estado, siendo del caso anotar que, en todo caso, las opiniones de la Comisión no vinculaban al Gobierno por ser éste último el único titular y responsable de las atribuciones contenidas en el artículo transitorio 20 de la Carta.

El trabajo se halla enmarcado en su ejercicio, dentro de los límites que impone la prevalencia del interés general. El mote indiscutible del Estado Social es el mayor beneficio comunitario, el bienestar general o, como bien lo dice el artículo primero de la Carta, "la prevalencia del interés general", al cual no puede oponerse ningún interés de carácter individual o particular, como es el caso que plantean los demandantes.

En cuanto concierne a los derechos de carrera administrativa, es del caso observar que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 125 de la Constitución, son causales de retiro las previstas "en la Constitución o la Ley", y que el decreto acusado tiene fuerza de ley, razón por la cual no tiene fundamento el cargo.

El artículo transitorio no contempla como requisito el de la publicidad, ni este forma parte de los lineamientos de la norma constitucional:

No se presenta la violación del artículo 60 de la Carta porque este se refiere a "Cuando el Estado enajene su participación en una empresa", y CAJANAL no es una "empresa", sino un establecimiento público.

En el alegato de conclusión la parte demandada reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda a tiempo que manifiesta que ellos han venido a ser reforzados por recientes fallos de esta misma sección, en los cuales se han definido los principales puntos de debate jurídico a que han dado lugar los decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Carta.

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA PARTE ACTORA

En esta oportunidad la demandante insiste en la violación del artículo transitorio 20 de la Constitución en relación con los artículos 210, 286, 287, 288, 298, 302, 311, 322, 336, 356 y 357 del mismo estatuto y apoyándose en el régimen jurídico de las entidades descentralizadas, el cual dice debe ser establecido por la ley, y en la autonomía de la misma, considera que debe ser expedido un conjunto de Leyes que establezcan el nuevo sistema de descentralización política, administrativa, fiscal y de prestación de los servicios públicos, a tiempo que se pregunta "Bajo qué parámetros legales procedió el Gobierno Nacional a realizar la reestructuración de CAJANAL, a la luz del artículo transitorio 20, sin aún las respectivas leyes no habían sido expedidas al momento de ser dictado el Decreto 2147 de 1992.

Recalca también la actora en la violación del artículo transitorio 20, porque el Gobierno con extralimitación de sus funciones se autoextendió el término constitucional de 18 meses que venció el 7 de enero de 1993, en 6 meses más sin tener competencia para ello; porque la modernización de la entidad no está en consonancia con las facultades concedidas en la norma, ya que el Gobierno Nacional no tenía atribuciones para suprimir empleos, ni para modificar el régimen de personal, ni para imponer contribuciones, ni para hacer gastos con cargo al tesoro público nacional, ni para establecer una escala de indemnizaciones a cargo del Estado, como contraprestación de los retiros ocasionados con la supresión de cargos. En fin, estima la demandante que de la facultad de reestructurar no se pueden deducir aquellas de las cuales hizo uso el Gobierno con clara violación del tantas veces mencionado artículo transitorio 20 de la Carta.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, después de hacer interesantes anotaciones sobre el contenido del decreto acusado y elocuentes lucubraciones sobre la seguridad social, se refiere concretamente a los cargos formulados contra el Decreto 2147 y considera que el Gobierno tenía facultad para reestructurar la entidad, lo hizo dentro del término previsto y, al contrario de lo que se sostiene en la demanda, es la misma Constitución del 91, la que prevé la participación de entidades privadas, de conformidad con la ley según la letra de su artículo 48.

Manifiesta asimismo la Procuradora que los demás cargos ya han sido objeto de amplio debate a través de los múltiples procesos en los que se ha demandado la anulación de los decretos de Modernización del Estado. Para tal efecto, se remite a la jurisprudencia sentada por la Sección Primera de la Corporación en sentencia de 9 de septiembre de 1993, recaída en el proceso 2309, promovido por Juan Manuel Arrieta y otros contra el Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Tal como lo observan tanto el apoderado de la parte demandada como la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, casi todas las inquietudes planteadas en la demanda han sido ya respondidas por la Sala al definir aspectos iguales y dilucidar cargos similares en otras oportunidades.

En lo que respecta al primer cargo, advierte la Sala que si bien es cierto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, la seguridad social es un servicio público que deberá prestarse por el Estado, con la posible participación de los particulares, en la forma que determina la ley, no lo es menos que tal como lo ha reiterado la Corporación, los decretos que expide el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Carta, por las materias que regula, que son las mismas que la Constitución le atribuye al Congreso (artículo 150 numeral 7 de la Carta Política), tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar inhabilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno.

Significa lo anterior que los actos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley y por lo tanto a través de ellos podía dictar las mismas normas, para cuya expedición está habilitado el Congreso, dentro de las cuales están incluidas, desde luego las concernientes a la seguridad social, a la organización, dirección y reglamentación de los servicios de salud, lo mismo que a las políticas para la prestación de dichos servicios.

De otro lado, el artículo transitorio 57 de la Constitución Nacional, también citado como violado en el primer cargo, dispone que el Gobierno formará una comisión integrada por representantes suyos, los sindicatos, los gremios económicos y los movimientos políticos y sociales, etc., para que en un plazo de ciento ochenta días a partir de la entrada en vigencia de la Carta, elabore una propuesta que desarrolle las normas sobre seguridad social. Agrega la norma que dicha propuesta servirá de base para la preparación de los proyectos de ley que sobre la materia deberá presentar a consideración del Congreso.

Al respecto la Sala no observa ninguna contradicción entre lo dispuesto en el precitado artículo y lo ordenado y realizado en el decreto acusado, porque cada uno de estos eventos contemplan materias, actos y funciones diferentes. Ya vimos cómo el acto acusado es de naturaleza legislativa, dictado en ejercicio de una función otorgada por la Carta Magna y con el fin, no propiamente de desarrollar las normas sobre seguridad social, sino de reestructurar una de las entidades que prestan servicios públicos de salud.

Los cargos segundo, tercero y cuarto dicen relación con la transgresión de las normas que establecen la carrera administrativa y las que garantizan el derecho al

trabajo. En este punto consideran los actores que el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo transitorio 20 de la Carta no podía desconocer los derechos de la carrera, suprimir cargos, abolir dependencias, ni desvincular a los trabajadores.

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, ha entendido que las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y 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 se 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 aquel 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". (Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes, Dres. José Gregorio Hernández G. y Alejandro Martínez C.).

Asimismo la Sala, en providencia de 11 de noviembre de 1993, expediente No. 2400, ponente Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, al referirse al mismo aspecto que toca en este proceso, manifestó:

"... cuando de 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 a 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".

Asimismo en varios pronunciamientos, entre otros en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, actor Juan Manuel Arrieta y otra y de 11 de noviembre del mismo año, expediente No. 2451, actora María Consuelo Trujillo García, la Sala ha expresado:

"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 o empleos, es decir, 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.

".....

"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 causales 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".

Se formula en el quinto cargo porque según los demandantes, si se tiene en cuenta que el término concedido al Gobierno para efectuar la modernización estatal, venció el 3 de enero de 1993 y que el Decreto 2147 expedido el 30 de diciembre de 1992,

solamente ofrece a la Dirección de Cajanal unos mecanismos jurídicos para efectuar una reestructuración, los nuevos actos que se dicten y su ejecución, vendrían a ser extemporáneos.

Se refiere probablemente la parte actora a lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del decreto impugnado. Según el primero, dentro del término del proceso que se lleve a cabo para ejecutar la reestructuración de la entidad, la Junta Directiva suprimirá los empleos y cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos cuando ellos no fueren necesarios en la respectiva planta de personal como consecuencia de dicha decisión. Y, según el segundo, la supresión de empleos o cargos, se cumpliría de acuerdo con el programa que apruebe la Junta Directiva para ejecutar las decisiones adoptadas dentro del plazo de 6 meses contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto.

La Sala ha considerado (sentencia de septiembre 9 de 1993, expediente 2309), que las funciones que en tal sentido se le confieren a las directivas de la entidad, son de naturaleza diferente a las otorgadas al Gobierno mediante el artículo transitorio 20 de la Carta. Responden a funciones de carácter administrativo que en forma permanente ejercen las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por mandato expreso de los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1968, para adecuar la estructura interna y la planta de personal a las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se hubieren adoptado en desarrollo del precepto constitucional transitorio.

Por la razón anterior, la indicación del plazo a que se contraen los artículos 9 y 10 del Decreto 2147 de 1992 para que la Junta Directiva de Cajanal ejecute las decisiones adoptadas, ha de entenderse circunscrita al fin específico de los efectos de la reestructuración ordenada en el decreto, dentro del plazo de los 18 meses de que da cuenta el artículo transitorio 20 de la Carta.

En el sexto cargo se endilga al acto impugnado la violación del artículo transitorio 20 de la Carta porque el Gobierno Nacional ha debido tener en cuenta la evaluación y las respectivas recomendaciones de la Comisión de Expertos designada para efectos de la reestructuración.

A este respecto, al folio 259 del expediente obra el oficio 00025 de 3 de noviembre de 1993 dirigido a la Secretaría de la Corporación por el señor Consejero para la Modernización del Estado, según el cual, "La presentación de la propuesta de reestructuración de CAJANAL así como las de todas las entidades reformadas estuvo precedida de la preparación y análisis previos al interior de la entidad y del Gobierno y culmina con la motivación correspondiente tal como consta en las actas Nos. 10 y 12".

En efecto, al expediente se allegó el Acta No. 10 correspondiente a la sesión del 9 de diciembre de 1992 en la que se abordó el tema de la reestructuración de la entidad

y el memorando sobre el proyecto de decreto de reestructuración de la Caja Nacional de Previsión Social suscrito por los tres Consejeros de Estado, miembros de la Comisión creada por el artículo transitorio 20 de la Carta. (Anexo No. 1, folios 7 y 62).

Por lo demás, sobre este particular la Sala, en reiterados pronunciamientos ha considerado que la finalidad buscada por el Constituyente en el artículo transitorio 20, fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conceptos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha Comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para este, pues de considerarse así quien vendría a asumir las facultades allí previstas habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarlas a efecto.

Se dice en el séptimo cargo que el Gobierno transgredió el principio de la publicidad de la función pública al haber preparado y proferido el Decreto 2147 a espaldas de la opinión pública, de los afiliados, usuarios y trabajadores y al no permitir la participación de los directamente afectados en la elaboración del acto.

Para la Sala la afirmación que sobre este aspecto hace la parte actora no corresponde a la realidad. En el expediente a folios 149 a 258, obran pruebas según las cuales los empleados oficiales, el Sindicato y los usuarios participaron de alguna manera en la discusión sobre el tema de la reestructuración de CAJANAL.

La señora Janeth Corredor, representante de los empleados oficiales ante la Junta Directiva de la Caja y además usuaria afiliada a la entidad por designación del Ministerio de Trabajo, anota en su declaración que en relación con la propuesta de modernización, solicitó que se tuvieran en cuenta las conclusiones del foro realizado por el Sindicato y que se aplicara el Decreto 2130 de diciembre de 1992 en el cual el Gobierno determina que se escuchen las sugerencias de los grupos de interés como el sindicato en relación con la reestructuración de la entidad (folio 151).

El Dr. Ernesto Moreno Naranjo, Médico de la Caja y Presidente del Sindicato de dicha entidad, da cuenta de que la organización sindical presentó propuestas para la modernización de Cajanal y la seguridad social en general en el mes de septiembre de 1991 y que organizó el foro nacional sobre seguridad social y Cajanal con la participación de 319 delegados en representación de entidades oficiales como el Instituto de Seguros Sociales, la Asociación Nacional de Trabajadores de la Salud, el Sindicato del Ministerio de Hacienda, del DANE, etc., el cual concluyó dando un sinnúmero de propuestas tendientes a mejorar la situación de la Caja y de la seguridad social (folio 152).

Obran además en el expediente documentos de la Federación Nacional de Trabajadores al Servicio del Estado "FENALTRASE" (folio 158); conclusiones del "Foro de Cajanal y la Seguridad Social" (folio 161) sobre propuestas y recomendaciones concernientes al proceso de reestructuración de Cajanal.

Ahora, la circunstancia de que el Gobierno no hubiera atendido las recomendaciones y propuestas que le hicieran los usuarios y representantes de las organizaciones sindicales, no significa la violación del artículo transitorio 20 de la Carta, pues allí no se establece como requisito de la reestructuración la anuencia o la aprobación de quienes pudieren resultar afectados positiva o negativamente con la medida para la cual el Gobierno estaba facultado.

De otro lado, y para hacer referencia al artículo 209 de la Constitución Nacional, conviene observar que dados los términos en que está concebido es aplicable al ejercicio de la función administrativa y ya quedó expresado como los decretos que como el acusado dicta el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Carta, responden a la función legislativa.

En relación con el cargo octavo considera la Sala que el artículo 60 de la Constitución Nacional especialmente su inciso 2, se refiere a la obligación del Estado cuando quiera que resuelva vender **su participación accionaria en una empresa**, de hacerlo en la forma más democrática posible, en el sentido de distribuir **su propiedad accionaria**, de tal manera que a ella acceda el mayor número posible de accionistas, sin que ninguno de ellos llegue, a través de la compra de acciones, a obtener el poder de controlar dicha sociedad. (Subraya la Sala).

En el caso que nos ocupa no puede decirse con propiedad que la Caja Nacional de Previsión Social sea una empresa en el sentido que trae el ordenamiento constitucional, ni que mediante el decreto acusado el Estado esté vendiendo o distribuyendo participación accionaria.

Ahora, si en gracia de discusión se aplicara al caso en estudio el artículo 60 de la Constitución Nacional, no ve la Sala la violación de dicha norma, porque el decreto no está desconociendo el acceso preferencial de los trabajadores a la propiedad de la entidad, antes por el contrario, deja abierta la posibilidad para que organizaciones de exempleados, mediante condiciones especiales accedan a la propiedad de los bienes de la Caja.

Finalmente en lo que dice relación con el cargo noveno, la Sala observa que la prestación de los servicios de salud no es tarea exclusiva del Estado sino que también dicha actividad puede ser desarrollada por comunidades organizadas y por particulares, lo cual está en concordancia con los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución, donde se consagra la descentralización por colaboración privada como forma de prestar el servicio público de salud y de ampliar la cobertura de la seguridad social.

Es así como el artículo 48 de la Carta Magna dispone que "El Estado con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social...". "La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas...".

El artículo 49 de la ley de leyes señala como deber del Estado "establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control", y el artículo 365 ibídem dispone que los servicios públicos "podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares".

Concordante con lo anterior la misma Carta Política en su artículo 355 dispone que el Gobierno podrá con recursos del presupuesto, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Seccionales de Desarrollo.

En conclusión, ninguno de los cargos formulados contra el Decreto 2147 de 1992 está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Jacobo Pérez Escobar,* Conjuez.

INTRA/REGLAMENTO INTERNO/DERECHO DE PETICION/JURISDICCION COACTIVA

Aún no existiendo la circunstancia de que la norma se refiera "a todo tipo de solicitudes" alegado por la actora, el artículo acusado adolece de una deficiente redacción y por ello se corre el albur de que amparándose en su aplicación, se de lugar a denegar todo tipo de solicitudes con el solo prurito de darle cumplimiento a la confusa norma. Así pues, un usuario que, en uso del simple derecho de petición, haga una solicitud de cualquier índole a la entidad, podría verse rechazado si por alguna circunstancia no está a paz y salvo con la misma. Teniendo el INTRA el poder de coerción ejercido a través de los medios que le da la ley y a través de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 79 del C. C. A., no se ve cómo pueda crear otros medios para hacer efectivas las multas impuestas a sus usuarios sin que se atente al mismo tiempo contra el artículo 84 de la Constitución que prohíbe a las autoridades públicas establecer o exigir requisitos adicionales cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general. No puede el Acuerdo acusado sustituir el procedimiento de jurisdicción coactiva establecido en la ley, mucho menos creando exigencias respecto del derecho de petición, cuando ellas han sido ya materia de la ley, DECRETASE LA NULIDAD del artículo 13 del Acuerdo No. 0003 del 20 de enero de 1993, expedido por el ya extinguido Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso administrativo.– Sección Primera.–

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Santafé de Bogotá, D.C., primero de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Ref.: Expediente No. 2592. Autoridades Nacionales. Actora: María Eugenia Mantilla G.

La actora de la referencia actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó ante esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo décimo tercero del Acuerdo No. 00003 de 20 de enero de 1993, expedido por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

EL ACTO DEMANDADO

Es el artículo décimo tercero del Acuerdo No. 00003 de 20 de enero de 1993, expedido por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, que reglamenta el Decreto No. 1815 de 1992, mediante el cual se adopta el Estatuto de Transporte Público Terrestre Automotor de Carga y se deroga el Acuerdo No. 0039 de 1992.

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demandante cita como transgredidas las siguientes normas superiores:

1. El artículo 23 de la Constitución Nacional. Al respecto anota la accionante que la exigencia establecida por la Junta Directiva del INTRA es violatoria del derecho de petición, porque éste no puede ser condicionado, ni alterado su contenido; sin embargo es susceptible de ser desarrollado legalmente pero a efectos de darle plena eficacia. Dice también que el señalamiento de requisitos por el órgano competente debe estar de acuerdo con la naturaleza de lo que se pretende por parte del particular y no debe prestarse para impedir el acceso a las entidades públicas en busca de pronta resolución.

2. Señala la actora que la norma acusada es violatoria del artículo 365 de la Constitución Nacional porque al establecer el requisito de pago de multas para poder hacer peticiones y adelantar trámites ante el INTRA, entorpece e incluso puede llegar a paralizar la prestación del servicio público de transporte.

3. Alega asimismo que el acto es violatorio del artículo 84 de la Constitución, porque estando reglamentada la actividad transportadora de carga, por medio del Decreto 1815 de 1992, no le es lícito a la Junta Directiva del INTRA establecer el requisito de pago de multas para hacer peticiones bien sea en interés general o particular, ante dicha entidad.

4. Finalmente afirma, que ni el Decreto 1050 de 1968, ni el Decreto 1014 de 1992 por el cual se aprobaron los estatutos del INTRA, facultan a la Junta Directiva de esta entidad para reglamentar el derecho de petición.

SUSPENSION PROVISIONAL

La demandante solicitó la suspensión provisional del acto demandado en su artículo décimo tercero. La Sala mediante auto de 10 de septiembre de 1993, denegó la medida cautelar por los motivos que a continuación se expresan:

En primer lugar, la Sala observa que el texto acusado no está orientado a reglamentar o a limitar el derecho de petición que consagra el artículo 23 de la Constitución Nacional. En forma alguna hace referencia a dicho postulado.

En segundo lugar, al no referirse a dicho postulado, es fácil colegir que el sentido de la norma no puede ir más allá de su literalidad; concretamente, se está refiriendo a la iniciación de actos administrativos o trámites.

En consecuencia, como el artículo 23 de la Constitución Nacional no establece los requisitos para el ejercicio del derecho, los cuales están contenidos en normas legales generales o especiales no citadas en la solicitud, no se da la procedencia de la suspensión solicitada.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

Dentro del término de fijación en lista el apoderado judicial del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA- contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma y refutando los conceptos de la violación de las normas superiores que en ella se esgrimen, para lo cual se limita a repetir lo manifestado por la Sala en el auto que denegó la suspensión provisional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el momento procesal correspondiente, la Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, conceptuó sobre la petición contenida en la demanda, en el sentido que se deben denegar las súplicas de la misma, por las siguientes razones:

El Acuerdo del cual hace parte la norma acusada se fundamenta en el artículo 53 del Decreto 1815 de 1992, que faculta a la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito para reglamentar el susodicho decreto.

El Estatuto Público Terrestre Automotor de Carga, adoptado por el Decreto 1815 de 1992, aparte de definir los objetivos generales del mismo, confía al Instituto las funciones de organización, control y vigilancia del transporte público terrestre automotor de carga y le defiere a su vez la competencia, no sólo para la imposición de las sanciones correspondientes a las infracciones de las normas establecidas, sino para reglamentar el control en la aplicación y cumplimiento de las mismas.

Por otra parte manifiesta, que no es ciertro que el artículo acusado quebrante, ni limite el artículo 23 de la Constitución Nacional consagratorio del derecho de petición,

este derecho ha sido reglamentado en estatutos legales. Y, concretamente, para el caso en examen, los trámites ante el INTRA están reglamentados por la Ley 15 de 1959 y por el estatuto contenido en el Decreto 1815 de 1992.

Tampoco es cierto, afirma la funcionaria, que se presente la transgresión del artículo 84 de la Constitución Nacional a través del acto acusado, porque como puede verificarse en la misma reglamentación general contenida en el Decreto 1815 de 1992 se prevé la especial del INTRA en lo pertinente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Simultáneamente con el concepto del Ministerio Público, las partes demandante y demandada, presentaron sus alegatos de conclusión, en los que, aparte de reiterar los argumentos expuestos en el transcurso del proceso, adujeron respectivamente:

La actora señala que la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte era incompetente para establecer limitaciones al ejercicio del derecho de petición ya que por su naturaleza corresponde a la ley su reglamentación, la cual se produjo mediante la Ley 58 de 1982, que nada dice ni podía decir sobre la obligación de estar a paz y salvo por concepto de multas para efectos de presentar solicitudes, bien sea en interés general o particular. Así también, que la norma acusada constituye un verdadero impedimento u obstrucción para el ejercicio del derecho de petición, frente a los cuales, los trabajadores quedan privados de toda defensa, ya que la negativa de trámite carece igualmente de recursos por la vía gubernativa en la medida en que al no estar a paz y salvo no les pueden ser atendidos sus recursos e incluso se cierran las puertas para un control jurisdiccional, ya que el no agotamiento de la vía gubernativa puede frustrar este propósito.

Por su parte, el apoderado del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito - INTRA- en su alegato de conclusión reitera, haciéndolas suyas, las consideraciones hechas por esta Sala para denegar la suspensión provisional del acto demandado.

LA SALA CONSIDERA:

La actora ha solicitado ante esta Corporación la nulidad del artículo 13 del Acuerdo número 00003 de 1993, "Por el cual se reglamenta el Decreto número 1815 de 1992 y se deroga el Acuerdo 0039 de 1992".

El texto del artículo acusado es el siguiente:

> "Para poder formular o iniciar cualquier acto administrativo o trámite ante el Intra o la entidad que haga sus veces, las empresas de transporte de carga deberán estar a paz y salvo por concepto de pago de multas, previo depósito de su valor o garantizando en forma idónea el cumplimiento de la obligación".

Alega la accionante que la exigencia establecida en este artículo por la Junta Directiva es violatoria del artículo 23 de la Constitución que consagra el derecho de petición, porque éste no puede ser condicionado alterando su contenido, pudiendo ser desarrollado legalmente, pero a efectos de darle plena eficacia.

El texto de la norma constitucional señalada como violada, reza:

> "Art. 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

Teniendo como punto de referencia este principio constitucional, queda establecido que la norma que se juzga al hablar de "poder formular o iniciar cualquier acto administrativo o trámite", da lugar a equívocos. En principio, no parece asistir la razón a la actora cuando en su alegato de conclusión aduce que se está limitando la posibilidad de elevar ante la entidad "todo tipo de solicitudes en busca de pronta solución" (folio 54), porque el precepto conlleva el supuesto de que quien va a formular o a iniciar el acto administrativo o trámite ha tenido una previa vinculación con la entidad, pues no de otra forma podría haber incurrido en las infracciones y omisiones señaladas en el régimen de sanciones que consagra el Título IX del Decreto 1815 de 1992. Es decir, podría pensarse en que, la aplicación del artículo 13 del Acuerdo que se juzga, conlleva un previo nexo con la administración, distinto, por sus objetivos, al simple derecho de petición.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, interpretando la norma a la luz del artículo 228 de la Constitución Nacional en cuanto a la prevalencia del derecho sustancial, es de notar que aún no existiendo la circunstancia de que la norma se refiera "a todo tipo de solicitudes" alegado por la actora, el artículo acusado adolece de una deficiente redacción y por ello se corre el albur de que amparándose en su aplicación, se dé lugar a lo que teme la demandante, esto es, a denegar todo tipo de solicitudes con el solo prurito de darle cumplimiento a la confusa norma. Así pues, un usuario que, en uso del simple derecho de petición haga una solicitud de cualquier índole a la entidad, podría verse rechazado si por alguna circunstancia no está a paz y salvo con la misma.

Dejando entonces en claro que la norma demandada por lo que se acaba de explicar transgrede el derecho de petición consagrado en la Constitución Nacional, se llega por su íntima relación a la consideración de que en el título IX del Decreto 1815 que comprende los artículo 38 a 50, el Decreto reglamentado está consagrando un régimen de sanciones por las infracciones establecidas en el estatuto y atribuyendo la competencia para su imposición y la reglamentación del control tanto en la aplicación como en el cumplimiento, al Instituto Nacional de **Transporte y Tránsito**. Así lo estipula el artículo 46 del Decreto 1815 de 1992. Esto, al decir de la señora Procuradora Delegada, "es apenas congruente y lógico, así como de efecto pedagógico, ya que si se dejara al organismo sin poder de coerción, el procedimiento disciplinario a él confiado

carecería de eficacia y se convertiría en la práctica en poco menos que en un hazmerreír para los comprometidos en el servicio de transporte terrestre automotor de carga".

Así pues, bajo esta perspectiva, teniendo la entidad el poder de coerción ejercido a través de los medios que le da el Decreto en mención y a través de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo cuando prescribe que "las entidades públicas podrán hacer efectivos los créditos a su favor en todos los casos a que se refieren las disposiciones anteriores por jurisdicción coactiva", no se ve cómo pueda crear otros medios para hacer efectivas las multas impuestas a sus usuarios sin que se atente al mismo tiempo contra el artículo 84 de la Constitución que prohíbe a las autoridades públicas establecer o exigir requisitos adicionales cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general. No puede el Acuerdo acusado sustituir el procedimiento de jurisdicción coactiva establecido en la ley, mucho menos creando exigencias respecto del derecho de petición, cuando ellas han sido ya materia de la ley.

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

FALLA:

DECRETASE la nulidad del artículo 13 del Acuerdo No. 00003 del 20 de enero de 1993, expedido por el ya extinguido Instituto Nacional de **Transporte y Tránsito.**

DEVUELVASE a la parte demandante el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 24 de febrero de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

REGISTRO DE MARCA-Improcedencia/**SCOUT**

La Superintendencia de Industria y Comercio interpretó erróneamente el artículo 58 literal i) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, disposición esta citada como infringida, toda vez que para que la "vinculación" con "instituciones", tenga capacidad suficiente de producir la irregistrabilidad de la marca, además de analizarse desde el punto de vista gráfico, ortográfico, morfológico, fonético y conceptual, necesariamente debe ir ligada al campo al cual está destinada la marca, esto es, a qué público consumidor, que es el que eventualmente pudiera ser inducido a error o engaño. Esta errónea interpretación condujo a la Administración a violar el artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, norma esta aplicable para la época en que se declaró probada la oposición de la Asociación Scouts de Colombia y se denegó el registro de la marca "SCOUT" invocada también por la actora como vulnerada. DECLARASE LA NULIDAD de las resoluciones 8216 de 17 de octubre de 1991 y 1030 de 30 de junio de 1992, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2202. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actora: Sociedad Monsanto Company.

La sociedad MONSANTO COMPANY, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 8216 de 17 de octubre de 1991 "POR LA CUAL SE RESUELVE UNA OPOSICION Y SE NIEGA EL REGISTRO DE UNA MARCA", expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, y 1030 de 30 de junio de 1992 "Por la cual se resuelve un recurso de apelación", expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, y que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a dicha entidad conceder en favor de la actora el registro de la marca "SCOUT", sin distintivos especiales, para amparar productos comprendidos en la clase 5a. del Decreto 755 de 1972 (herbicidas).

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el apoderado de la actora como quebrantados con los actos acusados, los artículos 61 de la Constitución Política; 56 y 58 literal i) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; 583 numeral 1o. y 584 del C. de Co.; y 2 y 35 del C. C. A.

Fundamenta el concepto de la violación a través de los siguientes cargos, los cuales pueden resumirse así:

PRIMER CARGO:

Los actos acusados vulneran el artículo 61 de la Constitución Política, ya que la Superintendencia de Industria y Comercio no procedió conforme a la ley al negar sin justa causa el registro de la marca "SCOUT" para amparar productos de la clase 5a. del Decreto 755 de 1972, desconociendo la obligación constitucional de proteger la propiedad intelectual, una de cuyas modalidades es la propiedad industrial.

SEGUNDO CARGO:

Los actos acusados quebrantan los artículos 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; 583 numeral 1o. del C. de Co. y 584 ibídem, pues la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció las normas que establecen requisitos para que el particular pueda obtener el registro como marca de una determinada expresión, entendiéndose por marca de producto, por disposición legal, "todo signo destinado a distinguir los productos de una empresa de los de otra".

La actora solicitó el registro de la marca "SCOUT" para distinguir productos comprendidos en la clase 5a. del Decreto 755 de 1972 (herbicidas), expresión esta que es un verbo transitivo o adjetivo, según se le mire, del idioma inglés, que traduce explorar o explotar, y que cumple con los requisitos de novedad y distintividad, pues no ha sido empleada antes en nuestro país para amparar productos de esta clase.

Conforme a las normas de la legislación marcaría, vigentes para la época en que se decidió desfavorablemente la solicitud, la novedad hace referencia a la calidad de

nuevo en el tiempo; a la ausencia de registros previos por parte de terceros empresarios, para señalar productos o servicios de una misma clase.

La distintividad implica la suficiente capacidad para que una marca de productos o de servicios se diferencie de otra.

Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio concluye a través de las resoluciones acusadas, que existe un derecho anterior, el de la Asociación Scouts de Colombia, que se vulnera al conceder el registro de la marca "SCOUT" para amparar un producto herbicida comprendido en la clase 5a. del Decreto 755 de 1972, y como consecuencia niega el registro, está dejando de aplicar, a la vez que interpreta errónea y equivocadamente las normas citadas, pues tanto la novedad como la distintividad que la entidad predica no existir, debe examinarse en función de un mismo ramo de productos o servicios, ya que no se entiende cómo una expresión cualquiera, empleada bien para amparar un producto o servicio o como parte integrante de la denominación de una institución, pueda ser a tal extremo apropiada, de manera tal que ninguna otra persona natural o jurídica, comercial o civil, con fines de lucro o no, pueda incluirla como parte de su propia denominación o con fines y actividades diferentes, o para señalar productos o servicios completamente distintos.

TERCER CARGO:

Se infringe el artículo 58 literal i) de la Decisión 85 al considerar la Superintendencia de Industria y Comercio que la marca "SCOUT" que se solicitó registrar puede "sugerir vinculación" con la Asociación Scouts de Colombia, pues la causal de irregistrabilidad no puede analizarse aisladamente del contexto general de la propiedad industrial, ni puede aplicarse exegéticamente porque cuando la norma citada indica que la marca puede sugerir vinculación, se refiere como toda norma de excepción a una sugerencia de vinculación real.

La sugerencia de vinculación con una "institución" debe entenderse como que entre ésta y la marca hay una correspondencia o identidad en objetivos o actividades, de tal suerte que sea posible la asimilación o vinculación. De no interpretarse así, no podrían existir denominaciones tales como COLOMBIANA, porque imita el nombre de un Estado; LE COQ SPORTIF, porque reproduce el símbolo de la República Francesa, etc.

Ninguna relación existe entre la marca "SCOUT" para productos herbicidas y la Asociación Scouts de Colombia, pues la primera se dirige a un público específico para distinguir un producto, en tanto que la segunda desarrolla actividades de contenido social.

Es tan clara esta conclusión que la actora ha registrado la marca "SCOUT" para amparar productos de la clase 5a. internacional sin que se haya llegado a considerar que con ese registro se vulneren derechos del Movimiento Scout.

CUARTO CARGO:

Se violan los artículos 2 y 35 del C. C. A., ya que los actos acusados además de desconocer la obligación de las autoridades de motivar sus decisiones, no tuvieron en cuenta todas las cuestiones planteadas en el trámite administrativo.

Así, en la resolución No. 08216 de 17 de octubre de 1991, ni siquiera se hizo mención a la norma en que se fundamentaba la decisión e inconsultamente se aducen convenios con el Ministerio de Salud, que además de no haber sido citados por quien obró como apoderado de la Asociación Scouts de Colombia, nunca se allegó prueba siquiera sumaria de esta afirmación.

La resolución No. 1030 de 30 de junio de 1992, que desató el recurso de alzada, se limita a desestimar los argumentos del recurrente con la sola mención del artículo 58 literal i) de la Decisión 85, sin hacer ningún análisis sobre la procedencia de aplicar dicha disposición.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 25 de noviembre de 1992, se admitió la demanda.

Del auto admisorio de la demanda se notificó el representante legal de la Asociación Scouts de Colombia, quien guardó silencio.

II.1-. La Nación- Superintendencia de Industria y Comercio-, a través de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, aduciendo al efecto que es claro e inequívoco que las causales de irregistrabilidad contempladas en el artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aplicable en este proceso, son normas de orden público, de obligatorio cumplimiento para la entidad, no siendo procedente sustraerse a su acatamiento, por lo cual las resoluciones acusadas se ajustan a pleno derecho y no violan precepto legal o constitucional alguno.

II.2-. En la etapa de alegatos de conclusión las partes reiteraron los planteamientos expuestos en la demanda y su contestación.

III-. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación estima que debe accederse a las pretensiones de la demanda, por lo siguiente:

1-. El artículo 580 del C. de Co. autoriza emplear como marcas, entre otros, palabras de cualquier idioma.

2-. El artículo 59 de la Decisión 85 respecto de las palabras extranjeras y nombres geográficos, sólo exige una condición para su registro que es la de indicar al pie de la marca en forma legible, el lugar de fabricación del producto.

3-. La administración incurrió en grave error de interpretación del artículo 58 literal i) de la citada Decisión, pues como lo explica el apoderado de la actora y lo reitera el dictamen pericial, la sola expresión SCOUT no es suficiente para sugerir vinculación con una organización que incluye en su denominación la misma o similar palabra inglesa.

IV-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Superintendencia de Industria y Comercio en los actos acusados, se fundamentó en la causal de irregistrabilidad contenida en el literal i) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al considerar que la expresión "SCOUT" objeto de la solicitud de registro marcario, dada su absoluta identidad bajo todo punto de vista con la Asociación Scouts de Colombia, puede inducir al público consumidor en error al creer que entre la marca y dicho movimiento existe alguna vinculación.

El artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena señala como causal de irregistrabilidad, entre otras: "Los nombres, signos o denominaciones que puedan sugerir vinculación con personas vivas o muertas; institucione, credos, lugares o símbolos nacionales o que los expongan a descrédito o ridículo".

Para estudiar los cargos que plantea la actora, debe en primer término la Sala analizar la causal de irregistrabilidad que tuvo en cuenta la entidad demandada para declarar probada la oposición de la Asociación Scouts de Colombia y en consecuencia denegar la solicitud de aquella.

En proveído de 15 de abril de 1993 se decretó una prueba pericial para que expertos en propiedad industrial dictaminaran acerca de si la marca de productos "SCOUT", para distinguir herbicidas, puede sugerir vinculación con la Asociación Scouts de Colombia y si con el registro de la misma se induciría en error al público consumidor.

Sobre el particular, conceptuaron los peritos:

> "...Es ampliamente aceptado que el concepto de signo, señal, o distintivo no puede concebirse sin que en su escrituración converjan dos elementos fundamentales que son: La materialización en sí del distintivo, que nuestra Legislación recoge en la decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, (Decreto 1190 de 1978), en la exigencia de que sea novedoso, visible y suficientemente distintivo, (Art. 56 ídem); y la destinación del mismo, es decir el elemento constitutivo por la vocación señalizadora que el signo, por definición tiene que tener. De tal forma que uno solo de los elementos no se pueda entender sin el otro, y que entre los dos conformen la idea simiótica del concepto de marca..."

"...En este sentido el concepto de Marca de Producto o de Nombre Comercial o Enseña, supone la existencia de un signo y de una cosa o una actividad por signar; de no ser así no tendría significado alguno la Clasificación Internacional de Productos y Servicios; ni la libertad y las restricciones a la ideación, elección y adopción de los signos distintivos..."

"...En el caso que nos ocupa la marca (SCOUT) se pretende registrar para amparar o distinguir herbicidas de la clase 5a. Internacional; ásí como la denominación ASOCIACION SCOUTS DE COLOMBIA se refiere a ..."formar el carácter de los muchachos, a fomentar su desarrollo físico, mental y espiritual e inculcarles las virtudes sociales y normas de relaciones humanas, para hacer de ellos unos buenos ciudadanos útiles a sí mismos y que presten a la sociedad los servicios que requieran...". O sea la razón de ser o la razón social de la actividad de formar el carácter de los muchachos y demás actividades altruistas enunciadas, no serían ni aglutinadas, ni reconocidas, ni identificadas en el ámbito social de la comunidad de los pueblos, si no fuera por la sigla, nombre o denominación que tiene como ASOCIACION DE EXPLORADORES DE COLOMBIA, y a su vez los productos herbicidas que produce la parte actora, no podrían ser tampoco individualizados si no fuera por el signo "SCOUT" que se pretende atribuirles". (folios 209 y 210 del cuaderno principal).

"...En cuanto a que pueda presentarse un factor de confundibilidad entre los signos de "ASOCIACION SCOUTS DE COLOMBIA" y "SCOUT", independientemente de la destinación de cada uno: consideramos que no.

Esto porque es la acepción más simple, la primera implica una colegialidad, o una agrupación, o una colectividad de reconocedores, buscadores o reconocedores de una región o un pueblo determinado en este caso expresamente Colombia, y para dicha delimitación concurren indivisible y necesariamente cuatro (4) dicciones, una de las cuales es "SCOUT" que es un extranjerismo del idioma inglés; es pues un signo plurielemental en esa forma reivindicado, en esa forma usado y en esa forma inscrito según se alega en el Ministerio de Justicia. Gráficamente entonces no existe la más remota posibilidad de que nadie confunda y se engañe por error, la sigla ASOCIACION DE SCOUTS DE COLOMBIA con la palabra "SCOUT"..."

"...Desde el punto de vista ortográfico, por la misma razón, tampoco existe -en nuestra opinión- la posibilidad de que alguien al ver la una la confunda ortográficamente con la otra; ni siquiera en cuanto al vocablo "SCOUT" individualmente considerado, ya que en el signo de la Asociación aparece escrito un plural; o incluso en posesivo, en tanto que en la otra aparece un singular; además morfológicamente los dos signos son desde todo punto de vista desiguales..." "... en el signo ASOCIACION SCOUTS DE COLOMBIA,

concurren cuatro (4) palabras, más o menos extensas y veintiséis (26) elementos alfabéticos, al paso que en la otra, en el sustantivo adjetivado "SCOUT" simplemente concurren cinco (5) elementos alfabéticos, es decir que ortográfica, gráfica y morfológicamente hay entre los dos una inocultable diferencia de veintiún (21) elementos alfabéticos, lo cual, como es de suponerlo, impide categóricamente que la una se pueda confundir con la otra, simplemente por la presencia de un elemento en común. Ahora, lo mismo se puede predicar en cuanto al aspecto fonológico y de la pronunciación de cada uno de los dos signos, en la medida en que por este aspecto es a nuestra manera de ver, igualmente imposible que puedan llegar a confundirse...".

"...desde el punto de vista ideológico o conceptual, no son tampoco susceptibles de ninguna posibilidad de confusión ya que, aun haciendo abstracción de los criterios ya expresados atrás respecto de los restantes aspectos (gráfico, ortográfico, morfológico y fonético) de los dos signos en consideración, se tiene de presente que la capacidad distintiva de cada uno, está dirigida a dos planos totalmente diferentes..."

"...la ASOCIACION SCOUTS DE COLOMBIA se dirige al fomento de caracteres y personalidades entre los jóvenes; al paso de que la Marca "SCOUT" tiene que ver con productos herbicidas, y no sólo eso, sino que en consecuencia se dirige a un sector supremamente restringido y especializado..."

"...en un sentido más amplio se tiene que la "ASOCIACION SCOUTS DE COLOMBIA", ni siquiera constituye una "marca" en sentido formal, con propósitos altruistas y de consideración sin ánimo de lucro, mientras que "SCOUT", en el marco de la reivindicación hecha por la parte actora, es concretamente una Marca Comercial, destinada a particularizar productos y constitutiva de un factor patrimonial y empresarial, con el propósito de producir lucro a través de la comercialización de sus productos herbicidas." (folios 212 y 213 *ibídem*).

"...no teniendo nada que ver la actividad de formación de personalidades juveniles, con la relación química de un producto herbicida; y no siendo parecido desde el punto de vista material gráfico, ortográfico, morfológico, fonético ni conceptual..." "...NO PUEDE HABER VINCULACION con la ASOCIACION SCOUTS DE COLOMBIA, para efectos de determinar por ello su irregistrabilidad..." (folio 215 *ibídem*).

Finalmente, con base en lo anterior, concluyen los peritos, para responder el segundo interrogante planteado, que "...Con el registro de la marca de productos "SCOUT" para distinguir herbicidas no se induciría a error al público consumidor" (folio 217 *ibídem*).

Del dictamen pericial se corrió traslado a las partes, las cuales no solicitaron aclaración ni presentaron objeción alguna.

Como quiera que dicho dictamen es serio, está bien fundamentado y por lo mismo ofrece credibilidad, la Sala lo acoge y ello le permite concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio interpretó erróneamente el artículo 58 literal i) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, disposición esta citada como infringida, toda vez que para que la "vinculación" con "instituciones", tenga capacidad suficiente de producir la irregistrabilidad de la marca, además de analizarse desde el punto de vista gráfico, ortográfico, morfológico, fonético y conceptual, necesariamente debe ir ligada al campo al cual está destinada la marca, esto es, a qué público consumidor, que es el que eventualmente pudiera ser inducido a error o engaño. Esta errónea interpretación condujo a la Administración a violar el artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, norma esta aplicable para la época en que se declaró probada la oposición de la Asociación Scouts de Colombia y se denegó el registro de la marca "SCOUT", invocada también por la actora como vulnerada, la cual estatuye: "Podrá registrarse como marcas de fábrica o de servicios, los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos".

Por lo anterior habrá de declararse la nulidad de los actos acusados y como consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Superintendencia de Industria y Comercio que proceda a conceder el registro de la marca "SCOUT" en favor de la actora, para distinguir productos amparados en la clase 5a. del Decreto 755 de 1972 (herbicidas).

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

FALLA:

1o): DECLARASE la nulidad de las resoluciones Nos. 8216 de 17 de octubre de 1991 y 1030 de 30 de junio de 1992, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

2o): Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, ORDENASE a la citada entidad que, a través de la División de Signos Distintivos, conceda en favor de la actora el registro de la marca "SCOUT" para distinguir productos amparados en la clase 5a. del Decreto 755 de 1972 (herbicidas).

3o): PUBLIQUESE en la Gaceta de Propiedad Industrial.

4o): DEVUELVASE a la actora la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 3 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

TELEFONIA CELULAR/SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/PLAN DE EXPANSION DEL SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR/GOBIERNO NACIONAL-Facultades/**MINISTERIO DE COMUNICACIONES**-Facultades

Si se observa detenidamente el texto del artículo 1o. literal a) de la Ley 37 de 1993 que faculta al gobierno para reglamentar las condiciones en que deberá prestarse el servicio de telefonía móvil celular teniendo en cuenta, entre otros criterios, los planes de expansión del servicio y de las redes, y además el contenido del artículo 6o. ibídem que señala al Ministerio de Comunicaciones como la entidad encargada de asignar frecuencias para la prestación de dicho servicio y distribuir y definir su cubrimiento y las demás condiciones dentro de las cuales se prestará el mismo, encuentra la Sala que tales disposiciones merecen un análisis de fondo que permita dilucidar si corresponde o no al Gobierno elaborar unos planes de expansión a los cuales debe sujetarse el plan de expansión que deben incluir los oferentes en sus propuestas y, a que hace alusión el inciso 2o. del artículo 4o., o si por el contrario sólo existe un plan de expansión que es el que corresponde presentar a los oferentes, como pretende afirmar el actor. Ciertamente las normas a que alude el actor preven que el Ministerio de Comunicaciones fije el pago de derechos, tasas o tarifas a que den lugar las concesiones otorgadas. Sin embargo, para llegar a la conclusión a la que llega aquel, esto es, que la obligación de presentar una oferta económica implica señalar por parte de los proponentes el valor de la concesión, también se hace necesario precisar el alcance del artículo 4o. inciso 1o. de la Ley

37 de 1993 en cuanto a si la reglamentación que corresponde efectuar el Gobierno Nacional sobre las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2721. Acción: Nulidad. Actor: Antonio José 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 frase que el auto resalta, es apenas obvio que esa frase ha de entenderse por el rubro que el legislador dio al precepto del cual forma parte y no por nada distinto, de ahí que el argumento de la Sala no desvirtúe la violación ostensible del artículo 4o. de la misma ley por parte de los actos acusados, pues aparece claro que quien debe formular los planes de expansión según la ley es el proponente, y según el decreto es el Ministerio de Comunicaciones; el fin para elaborar el plan, según la ley, es para que sea factor esencial de valoración para la adjudicación, y según el decreto, para que los proponentes presenten sus propuestas económicas.

2-. De la simple comparación entre lo dispuesto en las normas legales que se reputan violadas y lo que ordenan las normas impugnadas, surge la flagrante violación, ya que según la Ley el valor de la concesión son los derechos, tasas o tarifas, y según el Decreto es el valor señalado en la mejor oferta económica; quien determina el valor de la concesión según la ley, es en todos los casos, sin excepción alguna, el Ministerio de Comunicaciones, y según el decreto, son los licitantes al formular su propuesta económica.

La violación a la norma superior radica en haber incluido como obligación de los proponentes la de presentar una oferta económica y que el contrato se le adjudique a la más alta de las presentadas, figuras imposibles de estipular por el reglamento, pues el precio del contrato debe ser definido unilateralmente por el Ministerio.

3-. De conformidad con el numeral 4o. del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son absolutamente nulos, entre otros eventos, cuando se declaran nulos los actos administrativos en que se fundamenten, circunstancia que se torna más dramática si se tiene en cuenta que a términos del inciso 2o. del artículo 45 *ibidem,* en el caso previsto por el numeral 4o. citado, "el jefe o representante legal de la entidad respectiva **deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre".**

De no accederse a la suspensión provisional se corre el riesgo de que la licitación de la telefonía móvil celular quede en entredicho jurídico mientras se profiera la sentencia definitiva.

II-. FUNDAMENTOS DE LOS IMPUGNANTES

II.1-. El señor Ministro de Comunicaciones, a través de apoderado, solicita se le reconozca como parte impugnadora en este proceso y en escrito visible a folios 34 a 61, expresa, en síntesis, lo siguiente frente al recurso interpuesto:

1-. Los supuestos sobre los cuales el actor levanta las distintas acusaciones carecen de fundamento y provienen de una equivocada apreciación de los textos superiores supuestamente infringidos y el olvido de otros de igual jerarquía que confieren facultad al Ejecutivo para reglamentar la ley en la forma como se hizo.

El primer supuesto sobre el cual levanta sus cargos la demanda, es el de considerar que el plan de expansión que la ley ordena a los licitantes presentar a consideración del Gobierno, es el criterio esencial de adjudicación. Ese no es el sentido del artículo 4o. de la Ley 37 de 1993, el cual establece que los planes que el proponente presente "serán factor esencial de valoración para la adjudicación respectiva".

Pero que ese plan no es el factor definitivo de adjudicación se infiere, no sólo del hecho de que el plan puede ser condición o factor esencial para que puedan entrar a valorarse las propuestas y puedan ser objeto de adjudicación en la justa de definición de la mejor propuesta, y otro hecho es que el plan sea criterio definitivo, único y exclusivo de adjudicación, alcance que no tiene el texto acusado.

Así se regula por el propio Decreto Reglamentario, el cual, en armonía con la Ley 80 de 1993, dispone que la adjudicación se hará a la propuesta más favorable, y no siempre el mejor y más fantasioso plan puede implicar que la propuesta a que corresponda resulte ser la más favorable, pues, sin la ponderación de los factores técnicos y económicos, no puede establecerse la viabilidad y realismo de su ejecución.

Como la determinación al detalle de un plan que satisfaga al milímetro las necesidades y conveniencias de la administración es prácticamente imposible, es por lo cual se dispuso que, en todo caso, para poder valorar las propuestas para efectos de la adjudicación, ellas deberían, como condición esencial según lo ordena la ley en su artículo 4o., cumplir como un requisito indispensable, con la presentación del plan de expansión del servicio de telefonía móvil celular y el plan especial para los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

El plan de expansión que deben presentar los oferentes como factor esencial, no es cosa distinta de concausa, o elemento que con otros, contribuye, en el texto que se contempla, a formar criterio, esto es, juicio o conocimiento, para la adjudicación.

Esa exigencia contemplada en la ley, la reitera el Decreto Reglamentario cuando el propio acto acusado la acoge y dispone que se la cumpla en ese aspecto preciso.

2-. Equivocadamente el actor argumenta que la formulación de los planes de expansión aludidos por el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 corresponde al proponente y que el Gobierno no puede hacerlo.

Este supuesto además de implicar que la planificación en materia de telecomunicaciones no es competencia del Gobierno sino de los particulares, lo cual es inimaginable, implica el desconocimiento u olvido del literal a. del artículo que se dice violado, lo cual deja sin fundamento la suspensión provisional.

Una cosa es el plan general en materia de telecomunicaciones inalámbricas que el Gobierno debe elaborar guardando la necesaria correlación con el plan general de expansión de redes y servicios del país y a cuyos mínimos deben someterse los proponentes, y otra diferente el plan que cada uno de ellos, con sujeción a aquel, debe proponer para que se sepa en qué condiciones mínimas se encargaría de prestar el servicio y proyectaría extenderlo tanto en zonas normales como en aquellas deprimidas con tratamiento especial, plan sin cuya presentación no pueden examinarse las propuestas para valorarlas y proceder a la adjudicación de conformidad con los criterios que acoja el Gobierno para identificar la más favorable, como le ordena la Ley 80 de 1993, hacerlo como criterio de escogencia. Abona lo anterior, la lectura detenida del primer inciso del artículo 4o. de la Ley 37 de 1993.

3-. La otra supuesta violación que lleva a la parte demandante a pedir la suspensión provisional del artículo 4o. del Decreto Reglamentario acusado, es la que resultaría del hecho de que la determinación del precio no la fija el Gobierno sino los proponentes.

El artículo 59 del Decreto Ley 1900 de 1990 preceptúa que:

> "Estos cobros podrán ser fijos, o tomar la forma de participaciones porcentuales, o establecerse según el número de usuarios o por unidad de volumen de tráfico u **otra medida técnica que se considere apropiada, o una combinación de las anteriores**" (Subrayas ajenas al texto).

El Gobierno definió, y no los proponentes, cuál sería el precio que se acogería: el que consista en la mejor propuesta económica, una vez satisfechas otras exigencias técnicas y financieras, y previo cumplimiento de la condición esencial de que los oferentes presenten, ajustados al plan adoptado por el Gobierno, los planes mínimos y los planes especiales de expansión del servicio que la ley prevé de modo imperativo.

En tales circunstancias, no puede decirse que la única fijación posible sea la determinación anticipada del precio como inicialmente lo contempla la Ley 72 y sus Decretos complementarios, pues en el mismo artículo 59 del Decreto Ley 1900 se contempla la posibilidad de que existan otros mecanismos de fijación del precio y, aún

suponiendo que ello no fuera así, no puede afirmarse que al disponer el Gobierno que adjudicará la concesión a la mejor propuesta económica, el precio lo fijan los proponentes, pues esa afirmación resultaría ser una verdadera *contradictio in terminis.*

Los proponentes ofrecen distintos precios, el Gobierno ha definido con cuál se queda, lo que no significa que aquellos sean quienes definen cuál es el precio de la concesión.

Del texto de los artículos 6o. de la Ley 37 de 1993, el cual fue atisbado con certero criterio por la Sala, así como del 4o. se desprenden facultades amplias para el Gobierno en cuanto a la regulación y desarrollo de los criterios para la organización y concesión del servicio de telefonía móvil celular y, por tanto, dichos textos dan respaldo a los actos acusados.

II.2-. El ciudadano GILBERTO RUBIANO C., solicita se le reconozca como parte impugnante y en escrito visible a folios 76 a 77 descorre el traslado de la reposición, aduciendo lo siguiente:

1-. Los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política le otorgan al Ministerio de Comunicaciones la gestión del espectro electromagnético como bien público sujeto al control del Estado. La Ley 37 de 1993 a su vez establece 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 prestará dicho servicio..." (artículo 6o.). De igual manera la Ley 37 ibídem establece unos criterios para la adjudicación y prestación del servicio de telefonía móvil celular, los cuales serán reglamentados por el Gobierno Nacional.

2-. El Gobierno Nacional en el acto acusado lo que hace es cumplir las disposiciones anteriores, estableciendo las condiciones y requisitos que los proponentes deben tener en cuenta en la presentación de sus propuestas.

3-. Al establecer las disposiciones acusadas que los proponentes presentarán sus ofertas económicas con base en unos parámetros que permitan asegurar el equilibrio económico en relación con los derechos de concesión entre los oferentes de las dos redes en que ha de prestarse el servicio, está cumpliendo con la obligación legal del Ministerio de Comunicaciones de fijar las condiciones económicas para la adjudicación del servicio de telefonía móvil celular.

III-. LA DECISION

Para resolver se **considera:**

En relación con el primer argumento del recurrente es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Estatuye el artículo 3o. acusado:

"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".

Prevé 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, aun 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..."

Si se observa detenidamente el texto del artículo 4o. literal a transcrito que faculta al Gobierno para reglamentar las condiciones en que deberá prestarse el servicio de telefonía móvil celular, teniendo en cuenta, entre otros criterios, los planes de expansión del servicio y de las redes, y además el contenido del artículo 6o. ibídem que señala al Ministerio de Comunicaciones como la entidad encargada de asignar frecuencias para la prestación de dicho servicio y distribuir y definir su cubrimiento y las demás condiciones dentro de las cuales se prestará el mismo, encuentra la Sala que tales disposiciones merecen un análisis de fondo que permita dilucidar si corresponde o no al Gobierno elaborar unos planes de expansión a los cuales debe sujetarse el plan de expansión que deben incluir los oferentes en sus propuestas, a que hace alusión el inciso 2o. del artículo 4o., o si por el contrario sólo existe un plan de expansión que es el que corresponde presentar a los oferentes, como pretende afirmar el actor.

Como ello no es viable de efectuar en esta etapa del proceso, deberá confirmarse el auto recurrido en cuanto a este aspecto se refiere.

De otra parte, como lo observó la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, a primera vista no parece irrelevante para el artículo 4o. acusado el plan de expansión para efectos de valoración en la adjudicación, pues en el inciso tercero, dicha norma prevé 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.

En lo que toca con el segundo argumento de inconformidad del actor, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Según el recurrente para la ley -refiriéndose a la Ley 72 de 1989 y Decretos 1900 de 1990 y 1901 de 1990-, el valor de la concesión son los derechos, tasas o tarifas, y para el decreto es el valor señalado en la mejor propuesta; en aquella, en todos los casos, sin excepción alguna, es el Ministerio de Comunicaciones quien debe fijar el valor de la concesión, en tanto que en este son los licitantes al formular su propuesta económica. Luego la violación de la ley radica en haber incluido como obligación de los proponentes la de presentar una oferta económica.

Ciertamente las normas a que alude el actor preven que el Ministerio de Comunicaciones fije el pago de derechos, tasas o tarifas a que den lugar las concesiones otorgadas.

Sin embargo, para llegar a la conclusión a la que llega aquel, esto es, que la obligación de presentar una oferta económica, implica señalar por parte de los proponentes el valor de la concesión, también se hace necesario precisar el alcance del artículo 4o. inciso 1o. de la Ley 37 de 1993 en cuanto a si la reglamentación que corresponde efectuar al Gobierno Nacional sobre las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular, para lo cual puede acudir a varios criterios, según se infiere de la redacción del texto, para efectos de la adjudicación de las concesiones, puede incluir o no una regulación sobre el contenido de las propuestas; si un criterio para la adjudicación puede ser o no el de la mejor oferta económica; y si este criterio conlleva a determinar por parte de los proponentes el valor de la concesión.

Estos interrogantes no son susceptibles de dilucidar en este momento procesal y por ello es procedente confirmar el proveído recurrido.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 3 de diciembre de 1993.

TIENENSE como impugnantes al Ministerio de Comunicaciones y al ciudadano GILBERTO RUBIANO C.

RECONOCESE como apoderado del Ministerio de Comunicaciones al abogado HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 61.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 3 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

EJECUCION DE LA SENTENCIA-Trámite/**CONDENA EN CONCRETO**

La exigencia de "Copia auténtica de la respectiva sentencia con la constancia de notificación y fecha de ejecutoria", contemplada como requisito anexo a la solicitud de pago, en el artículo 3o., y reiterada en el 4o. acusado, no permite prima facie advertir la violación del artículo 176 del C. C. A., y más bien su conformidad con este, puesto que puede considerarse, en principio, aquella como una de las medidas necesarias para su cumplimiento (el de las sentencias)", a que se refiere dicho precepto. Tampoco se advierte la violación del artículo 177 del C. C. A., y más bien estima la Sala que las exigencias de nuevo poder y de nueva copia de sentencia, bien pueden considerarse, en principio, como una forma de asegurar la efectividad de las condenas contra entidades públicas que preconiza dicho artículo 177.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente No. 2798. Acción: Nulidad. Actor: José A. Pedraza Picón.

El ciudadano y abogado JOSE A. PEDRAZA PICON, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C. C. A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del numeral 4o. del artículo 1o., del artículo 3o., del inciso 1o. y parte final del

inciso 2o. del artículo 4o. del Decreto Reglamentario No. 0768 de 23 de Abril de 1993 "por el cual se reglamentan los artículos 2o., literal f), del Decreto 2122 de 1992, los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1989", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones de los artículos 137 a 142 del C. C. A., es del caso proceder a su admisión y así se dispondrá en la parte resolutiva de este proveído.

II.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1.- Aparece sustentada en acápite especial del libelo de demanda, en los siguientes términos:

> "...Para efectos de la suspensión provisional que aquí se impetra en su totalidad, basta confrontar el contenido del decreto 768/93, con los artículos 176 y 177 C. C. A., de lo cual se desprende que las disposiciones del decreto 768/93, toman en consideración que los artículos 176 y 177 C. C. A. define (sic) lo atinente a obligaciones por parte de las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia. Si se mira que el artículo 176 se limita suficientemente a ordenar que la autoridad a quien corresponda la ejecución de una sentencia dentro del término de 30 días contados desde su notificación, dictará la resolución correspondiente, impide, porque el mandato es unívoco, que se reglamente la expedición de la respectiva resolución de ejecución, exigiendo presentación de nueva sentencia, la que ya había sido tramitada oficialmente por la entidad que dictó su fallo, con las suficientes garantías de autenticidad y ejecutoria, por lo que exigir para la ejecución de que trata el artículo 176 es legislar con lo que se viola expresamente el artículo 120 lit (sic) 1 y 2 de la Constitución Política.
>
> En relación al (sic) artículo 177 del C. C. A., ninguna de estas disposiciones admite modalidades de nuevo poder, de nueva sentencia, de actas de posesión en los casos de reintegro, certificación de haberes, ya que éstos los paga el Estado y por tanto deben tener constancia de sus valores, todo lo cual impide la eficacia y la prontitud con que deben resolverse las condenas contra la Nación y todo lo que además prohíbe el inciso 4o. en donde consagra expresamente que la lentitud en las apropiaciones presupuestales, son causal de mala conducta y no otra cosa es, precisamente el resultado de nuevas exigencias que va en contra de la economía procesal, y además porque toda esa conducta aditiva en la exigencia de documentación posterior en la sentencia, no es otra cosa que el desconocimiento de lo previsto en el artículo 84 C. N., que dice: "Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.
>
> Ejerzo la acción pública de nulidad, de que trata el artículo 154 del C. C. A..."

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la Sala interpreta que la solicitud de la medida precautoria hecha por el actor, está circunscrita a las partes de los artículos cuya nulidad se pretende. Ello, en razón de que la solicitud de suspensión provisional en las demandas en que se ejercitan acciones contencioso administrativas contra actos administrativos, debe entenderse como accesoria a lo principal, que es la pretensión de nulidad, y, por tal característica, está sujeta a la misma suerte de esta, conforme reza el conocido aforismo y principio general de Derecho.

En lo concerniente al fondo de la solicitud, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, y así habrá de disponerse en la parte resolutiva de esta providencia, por lo siguiente:

1o): El Decreto contentivo de los preceptos acusados no solamente reglamenta los artículos 176 y 177 del C. C. A., cuya violación se invoca, sino también los artículos 2o., literal f (i, aclara la Sala) del Decreto 2112 de 1992 y 16 de la ley 38 de 1989. Habría por ello necesidad de precisar la conformidad de aquellos con estos, pues también sirvieron de fundamento para su expedición, como son los citados como transgredidos. Tal precisión supone un estudio de fondo, propio de la sentencia y no de esta etapa inicial del proceso.

2o): La exigencia de "Copia auténtica de la respectiva sentencia con la constancia de notificación y fecha de ejecutoria", contemplada como requisito anexo a la solicitud de pago, en el artículo 3o., y reiterada en el 4o. acusados, no permite prima facie advertir la violación del artículo 176 del C. C. A., y más bien su conformidad con éste, puesto que puede considerarse, en principio, aquella como una de las medidas necesarias para su cumplimiento (el de las sentencias)", a que se refiere dicho precepto.

3o): El artículo 120 de la Constitución Política, que se invoca también como transgredido, se refiere a una materia diferente, como es la organización electoral, y no tiene los numerales 1 y 2 que se aduce en la solicitud. Ahora, en el evento que su invocación obedeciera a un error del actor y que quiso referirse al artículo 120 numerales 1 y 2 de la Constitución de 1886, que corresponden, en su orden, a los numerales 1 y 10 del artículo 189 de la actual, cabe tener en cuenta que el aplicable al caso sería el numeral 10 últimamente citado, que señala como atribución del Presidente de la República "Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento", cuya transgresión tampoco se daría por cuanto estaría supeditada a las demás normas invocadas, lo cual no ocurre en el presente caso.

4o): Tampoco se advierte la violación del artículo 177 del C. C. A., y más bien estima la Sala que las exigencias de nuevo poder y de nueva copia de sentencia, bien pueden considerarse, en principio, como una forma de asegurar la efectividad de las condenas contra entidades públicas que preconiza dicho artículo 177.

Por último, la Sala tampoco vislumbra prima facie la transgresión del artículo 84 de la Carta, puesto que, como lo sostuvo en auto de 19 de julio de 1993 (Expediente No. 2428, actor: Jorge Valencia Arango, consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez), "la reglamentación de manera general" a que se refiere dicho mandato constitucional no sólo puede estar contenida en la ley sino en sus decretos reglamentarios, verbigracia como el que contiene los preceptos demandados.

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

RESUELVE:

I.- Admítese la demanda presentada por el ciudadano y abogado JOSE A. PEDRAZA PICON, contra el numeral 4o. del artículo 1o., el artículo 3o., el inciso 1o. y parte final del inciso 2o. del artículo 4o. del Decreto Reglamentario No. 0768 de 23 de abril de 1993, expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia, se dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b): Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

c): Fíjese el proceso en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d): Solicítese a la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado. Hágasele saber al citado funcionario que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo indicado constituye falta disciplinaria.

e): De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C. C. A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, deposite el actor la suma de cinco mil pesos ($5.000.00) moneda corriente, dentro los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II.- Tiénese como demandante al ciudadano y abogado JOSE A. PEDRAZA PICON y como demandada a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público-

III.- Deniégase la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la Sesión del día 3 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS-Facultades/**CONCESION PORTUARIA/CONTRAPRESTACION**-Monto/**CONTRAPRESTACION**-Sujeto Pasivo

La Superintendencia General de Puertos se encontraba facultada para regular sobre los sistemas de pago a que estaban sujetas las personas que habían recibido antes de la promulgación de la Ley 1a. de 1991 cualquier clase de autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones destinadas en forma mediata o inmediata al cargue o descargue de naves. La referida contraprestación por la ocupación y utilización de las playas y zonas de bajamar a que se refiere el artículo 4o. acusado, tiene su fuente en la parte final del artículo 39 de la Ley 1a. de 1991 y en el numeral 26 del artículo 4o. del Decreto Ley 2681 del mismo año. Los sujetos pasivos de la aludida contraprestación, así como los hechos objeto de esta, no son únicamente los que el actor señala sino también las personas públicas y privadas que habían recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, con la finalidad expresada en el artículo 39 de la Ley 1a. de 1991, con lo cual concuerda el artículo 1o. de la resolución acusada. No es cierto pues, que los sujetos pasivos de la contraprestación sea únicamente quienes se beneficien del contrato típico de concesión portuaria, ya que la Ley 1a. de 1991 extiende la contraprestación económica a favor del Estado (la Nación, los distritos y municipios portuarios), a quienes con anterioridad a ella estaban igualmente autorizados, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y utilizar temporalmente las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o "estos para efectos portuarios, lo que implica que si alguno

de tales beneficios tenían anteriormente carácter gratuito, esta condición desapareció por efectos de la Ley para convertirse en oneroso mediante la aplicación de la tarifa correspondiente, en compensación por los servicios portuarios".

CONCESION PORTUARIA/AUTORIZACION PORTUARIA/DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia/TRANSITO DE LEGISLACION/PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL

Lo que la Ley 1a. de 1991 dice dentro del régimen de transición de la legislación anterior a la nueva, es que aquellos titulares de autorizaciones obtenidas antes de la promulgación de dicha Ley "seguirán ejerciendo los derechos que poseen", entendiéndose que dichos derechos subsisten en la medida que no sean contrarios a la Constitución ni a la Ley. De manera pues que ninguna persona puede aducir frente a la nueva legislación derechos adquiridos, a no ser sólo que se exija que se respete el término de la autorización, que no se le obligue al administrado a presentar una nueva solicitud de autorización ni a transformarse en sociedad portuaria mientras mantenga las condiciones en que se le otorgó la autorización, pues si pretende modificarlas deberá ajustarse a la nueva reglamentación, según lo previene el inciso final del artículo 39 de la Ley 1a. de 1991. No se puede pensar legítimamente en que los titulares de las autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 1a. puedan gozar de la subsistencia de gratitud frente a un beneficio portuario, si fue que éste alguna vez existió, porque ello equivaldría a establecer un principio de desigualdad jurídica, proscrito en el artículo 13 del nuevo ordenamiento. Así que no se vulnera ni la propiedad privada ni los derechos adquiridos, máxime si se tiene en cuenta que aún en el caso de surgir conflicto entre los derechos de los particulares y el interés público o social, que no se da en el presente caso, aquellos deberán ceder a este, según reza el artículo 58 de la Carta (30 de la de 1886).

ACTIVIDAD PORTUARIA/OPERACIONES PORTUARIAS/FONDEO/ SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS-Facultades

El artículo 5o. numeral 5.1. de la Ley 01 de 1991, define que es una "Actividad Portuaria" y entre ellas está expresamente relacionada lo referente a la "Operación". En este sentido, la labor de fondeo es una de las modalidades de operación en los puertos y terminales portuarios. A su vez, cuando el artículo 26 ibídem, puntualiza la competencia que le asiste a esta Superintendencia, alude a que "Ejercerán sus facultades respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos". Esto quiere decir, que por no haber entrado a distinguir o discriminar el

legislador modalidades específicas de actividades portuarias, en las normas citadas se entienden incluídas todas las que puedan existir y la operación en fondeo es una de ellas. De otra parte, entre los servicios en puerto que prestaba COLPUERTOS a las embarcaciones en puerto se encuentra el fondeo. Es así como le correspondía, a la Superintendencia, como efectivamente lo hizo, ejercer las funciones públicas que estaban a cargo de COLPUERTOS y las demás expresamente asignadas por la Ley 01 de 1991.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Ref.: Expediente No. 2554. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: HUGO PALACIOS MEJIA.

El ciudadano abogado Hugo Palacios Mejía, en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., ha ocurrido ante esta Corporación para solicitar que se decrete la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 4o., 5o. y 7o. -inciso final-, leídos en concordancia con el artículo 1o. al que ellos se refieren de la resolución 22 de 14 de enero de 1993 expedida por el señor Superintendente General de Puertos, "Por la cual se reglamenta el régimen y mecanismos de pagos a que queden sujetos los titulares de concesiones o autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 01 de 1991, destinadas al cargue y descargue de naves, y se establecen las tarifas de fondeo".

Fundamenta el demandante la precedente petición en los HECHOS que a continuación se resumen:

1.- El 10 de enero de 1991 se sancionó la Ley 01 de 1991, "Por la cual se expide el estatuto de puertos marítimos y se dictan otras disposiciones":.

2.- El artículo 27 de la misma Ley estableció las funciones del Superintendente General de Puertos.

3.- El artículo 33 de la Ley 01 de 1991 ordenó la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS, en un plazo máximo de tres años.

4.- Dentro del capítulo relacionado con el régimen de transición entre la legislación portuaria que existía y la Ley 1a. de 1991, el inciso primero del artículo 39, dispuso lo siguiente:

> "Puertos, muelles privados, y otras instalaciones existentes. Las personas jurídicas y privadas que antes de la promulgación de esta Ley hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el

cargue o descargue, mediato o inmediato de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen. Las obligaciones que tenían en favor de la empresa Puertos de Colombia seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifario previsto en la presente Ley".

5.- El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 25 de la Ley 1a. de 1991, expidió el Decreto 2681, "Por el cual se establece la estructura y se determinan las funciones de las dependencias internas de la Superintendencia General de Puertos".

Los artículos 1o., 4o., 5o. y 7o. de la resolución 22 de 1993, en la parte pertinente disponen:

"Artículo Primero.- Todas las personas públicas o privadas que antes de la promulgación de la Ley 01 de 1991 hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase, destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediato o inmediato de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen sometiéndose a lo dispuesto en la presente resolución.

"Artículo Cuarto.- Las personas de que trata el Artículo Primero de la presente resolución, deberán pagar a la Superintendencia General de Puertos, la contraprestación por ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue de naves, la suma que resulte de aplicar la metodología contenida en el Decreto 2147 de 1991 y las tablas de liquidación de las mismas, contenidas en la resolución No. 040 de 1992, expedida por esta Superintendencia o las normas que las sustituyan o complementen, a partir de la ejecutoria del acto administrativo de carácter particular que señale el valor de la misma.

"Artículo Quinto.- Todas las personas beneficiarias de autorizaciones de que trata el Artículo Primero de la presente reglamentación, operadores y sociedades portuarias, pagarán tarifas por fondeo realizado fuera del área expresamente entregada en concesión, de la siguiente manera:

"5.1 US$5.oo por metro de eslora por día en zona de fondeo sin trabajar.

"5.2 US$8.oo por metro de eslora por día en zona de fondeo trabajando.

"En todo caso, para realizar el fondeo, los operadores portuarios, sociedades portuarias o beneficiarios de autorización obtenidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 01 de 1991, en los términos de la presente reglamentación, deben obtener autorización expresa y escrita por parte de esta Superintendencia.

"Artículo séptimo.- "No obstante, estos beneficiarios seguirán pagando las tarifas de que trata el Decreto 550 de 1981 y demás disposiciones vigentes, ante

la Empresa Puertos de Colombia, entre tanto se expide la resolución motivada de que trata la presente disposición, la cual contendrá la liquidación y recaudo correspondiente, en favor de la Nación".

7.- La resolución fue publicada en el Boletín No. 234 del 19 de enero de 1993 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de Acuerdo con lo previsto en la Ley 57 de 1985, y en la resolución ejecutiva 286 de 1986.

8.- La contraprestación a la que se refiere el artículo cuarto de la Resolución 22 de 1993, nació con la Ley 01 de 1991, a favor de la Nación, y de los municipios donde operen los puertos, a cambio de una concesión portuaria a una sociedad portuaria. Su cobro fue reglamentado en los artículos 19 a 26 del Decreto 2147 de septiembre 13 de 1991, por el cual se expidió el "Plan de expansión portuaria"; ese reglamento se refiere sólo, como era de esperarse, a la estructura de la contraprestación, tal como aparece en la Ley".

NORMAS VIOLADAS Y

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Las acusaciones las agrupa el actor en cinco cargos que se resumen a continuación:

Primer cargo. Se dirige contra los artículos 4o. y 7o. -inciso 2-, en concordancia con el artículo 1o. de la resolución 22 de 1991, de los cuales dice el actor infringen los artículo 338 y 362 de la Constitución Política; 5o. numeral 5.2; y 7o., incisos primero y segundo, de la Ley 1a. de 1991.

Del texto de estas últimas disposiciones, es decir, de las legales, se desprende lo siguiente:

a) La contraprestación a la que se refiere la Ley 1a. de 1991, es una contribución tipificada en función de sus sujetos activos y pasivos, y de los hechos y bases gravables, cuya tarifa ha de ser fijada por la Superintendencia, de Acuerdo con la autorización del inciso 1o. del artículo 7o. de la Ley 1a. de 1991, que el Gobierno reglamentó en el Decreto 2147 de 1991, conocido como "plan de expansión portuaria". Pero las normas que según el Superintendente lo facultan para expedir la resolución 22 no permiten alterar los otros elementos de la contribución a la que se refieren los artículos 5o. y 7o. de la citada Ley.

b) Los sujetos pasivos de la aludida contraprestación son únicamente quienes se benefician con la concesión portuaria, esto es, las concesiones portuarias y quienes tengan licencias para operar "embarcaderos". En cambio el artículo 4o. de la resolución, dice el actor, cuando se lee en concordancia con el artículo 1o. al que explícitamente se remite, tales sujetos son todas las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de la Ley 1a. de 1991 habían recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, gravándose así a sujetos que no gravó la Ley, usurpándose, por tanto, la competencia constitucional dada al Congreso por el artículo 338 de la Carta.

c) En la Ley, los únicos hechos gravables con la contraprestación consisten en celebrar contratos de concesión portuaria, o en recibir licencia portuaria. El artículo 4o. acusado, en cambio, cuando se lo lee en concordancia con el artículo 1o. al que él explícitamente se remite, hace que el hecho gravable consista en haber recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, grando así hechos que no gravó la Ley.

d) En la Ley, los sujetos activos de la contraprestación son la Nación, los municipios y los distritos, en cambio, el inciso final del artículo 7o. de la resolución señala a la Nación como único sujeto activo de la contraprestación, violando así, además, los artículos 338 y 362 de la Constitución.

Segundo cargo. Señala el actor que el artículo 4o. acusado, en concordancia con el artículo 1o. del mismo acto, infringe los artículos 58 de la Constitución; 27, numerales 27.13 y 27.16 y 39 de la Ley 1a. de 1991; y artículo 4o., numerales 26, 27 y 29 del Decreto Ley 2681 de 1991; por falta de aplicación el 58 de la Carta y por aplicación indebida las demás normas.

La legislación anterior a la Ley 1a. de 1991 no exigía, por regla general, que los titulares de autorizaciones para ocupar las playas o zonas de bajamar con construcciones portuarias pagarán contraprestaciones o compensaciones por ello; y cuando requería un pago, lo pedía en favor de la Nación. Por lo tanto, los titulares de tales autorizaciones tenían, frente a las autoridades administrativas, derecho adquirido a ejercerlas sin más obligaciones que las que se les impusieron cuando se les otorgaron.

Según la parte primera del inciso primero del artículo 39 de la Ley 1a. de 1991, se deben respetar los derechos adquiridos de los titulares de las autorizaciones mencionadas, por tanto no se les puede imponer obligaciones pecuniarias adicionales.

> "Las normas que invoca el Superintendente en apoyo del artículo cuarto de la resolución 22 de 1993, no (sic) modificaron los derechos adquiridos de los titulares de esas autorizaciones", pues, dice también el actor que:
>
> "La parte final del inciso primero del artículo 39 de la Ley 1a. no creó obligaciones nuevas en favor de la Nación y a cargo de quienes tenían autorizaciones portuarias anteriores a la Ley 1a. de 1991, sólo determinó en qué forma se cumplirían las obligaciones que los titulares de tales autorizaciones tenían ya con Puertos de Colombia.
>
> "...Pero el Sr. Superintendente no podía suponer, como supuso en el artículo cuarto de la resolución 22, que todos los titulares de autorizaciones portuarias tenían obligaciones con Puertos de Colombia, y que esas obligaciones eran de tal naturaleza que pudieran redimirse aplicando el sistema tarifario de la Ley 1a. de 1991.
>
> "El artículo cuarto de la resolución 22 de 1993, que dijo fundarse en el artículo 39 de la Ley 1a. de 1993 (sic), aplicó, pues, la parte final del inciso primero de esa norma a situaciones que no estaban comprendidas en ella.

"Los numerales 27.13 y 27.16 del artículo 27 de la Ley 1a. de 1991, y 26, 27 y 29 del Decreto 2681 de 1991, deben entenderse en concordancia con el artículo 39 de la Ley 1a. El artículo 39 es posterior, en la Ley 1a., al 27; y condiciona el alcance de las facultades extraordinarias con las que se expidió el Decreto 2681.

"Ahora bien, los numerales 27.13 y 27.16 de la Ley 1a., y 26, 27 y 29 del Decreto 2681 de 1991, no dicen tampoco que **todos** quienes tenían autorizaciones para ocupar las playas y zonas de bajamar con construcciones tenían obligaciones con Puertos de Colombia, sino que aquellos que las tenían deberían pagarlas por medio de un sistema tarifario, definido por la Superintendencia, en provecho de la Nación...

"Obsérvese, entonces, que el artículo cuarto de la resolución aplicó en forma indebida las normas en las que dijo fundarse, por los siguientes motivos:

"a.- Tiene como sujetos pasivos de la contraprestación a todos quienes antes de la promulgación de la Ley 1a. de 1991 habían recibido autorizaciones para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones; el artículo 39 de la Ley, y las normas concordantes, en cambio, se refieren sólo a quienes habían recibido esas autorizaciones y, **al mismo tiempo,** tenían obligaciones con Puertos de Colombia. El Superintendente supuso, de modo equivocado que unos y otros eran idénticos.

"b.- El artículo 39 de la Ley 1a. de 1991 dispone que **las obligaciones existentes** se atenderán **dentro de los mecanismos tarifarios** previstos en la Ley. Esos mecanismos aparecen regulados en un capítulo especial de la Ley, que comprende los artículos 19 a 21. La contraprestación, en cambio, que no es un mecanismo **tarifario** sino un instrumento **fiscal,** está regulada básicamente, en el artículo 7 de la Ley. El Superintendente pretendió, por medio de un mecanismo tributario, determinar el cumplimiento de obligaciones que debían atenderse por medios tarifarios. Es decir, amplió las normas a situaciones distintas de las que habían sido contempladas en ellas.

"Al aplicar los artículos 39 y los numerales 27.13 y 27.16 de la Ley 1a., y 26, 27 y 29 del Decreto 2681 de 1991 **a todos** quienes tenían autorizaciones portuarias anteriores a la Ley 1a. de 1991, el Superintendente desconoció los derechos adquiridos de quienes tenían tales autorizaciones, pero las habían recibido sin que la ley ni el acto administrativo habilitante les hubieran impuesto obligación pecuniaria alguna en favor de la Nación.

"La violación de las normas legales, y del artículo 58 de la Constitución, resulta clara al comparar los supuestos de hecho a los que se refieren aquellas normas, y que dan a estas un alcance restrictivo, con el artículo cuarto de la resolución 22 de 1993, que elimina tales restricciones y extiende la contraprestación **a todos** quienes obtuvieron autorizaciones portuarias antes de 1991, sin atender a si tenían obligaciones derivadas de ella o no, a si los beneficiarios de esas obligaciones era, o no, redimibles por medio del sistema de tarifas que creó la Ley 1a. de 1991...". (subraya el actor).

Tercer cargo. El artículo 5o. acusado, viola en concordancia con el artículo 1o. del mismo acto, los artículos 338 de la Constitución Política; 27 numerales 27.13 y 27.16, y 39 de la Ley 1a, de 1991; y 4o. numerales 26, 27 y 29 del Decreto Ley 2681 de 1991, por falta de aplicación del artículo constitucional indicado, y aplicación indebida de los demás.

Puertos de Colombia cobraba por el fondeo de los barcos, porque prestaba ciertos servicios que hacían posible el cobro, tales como la construcción de facilidades portuarias, y porque atendía a los barcos fondeados.

El cobro se había autorizado cuando el fondeo tenía lugar en la zona portuaria.

Pero Puertos de Colombia no tenía, antes de 1991, la facultad de cobrar un impuesto de fondeo, es decir, un cobro forzoso destinado a una entidad pública, sin que esta hiciera o diera algo para justificarlo, esto es, sin que prestara un servicio.

La Constitución de 1991, y la jurisprudencia reciente que la desarrolla, obligan, además, a mirar el tema de los pagos por fondeo con criterios distintos de los que existían cuando se expidió la Ley 1a. de 10 de enero de 1991, y hasta hace poco.

Si la Superintendencia pudiera prestar el servicio de fondeo, el Superintendente no podría fijar las tarifas correspondientes, sin que la Ley señalara el sistema y método para ello, de Acuerdo con el artículo 338 de la Carta.

Desde otro ángulo, el artículo 5o. de la resolución acusada es ilegal y viola el artículo 338 de la Carta porque también convirtió en un impuesto lo que era un cobro por un servicio que se prestaba en la zona portuaria. Y porque permitió a una autoridad administrativa señalar la tarifa de ese impuesto.

Cuarto cargo. En esta censura se afirma que el inciso final del artículo 5o., acusado, en concordancia con el artículo 1o. del mismo acto, infringen los artículos 84 y 333 de la Constitución Nacional; 27, numerales 27.13 y 27.16 y 39 de la Ley 1a. de 1991; 4o. numerales 26, 27 y 29 del Decreto Ley 2681 de 1991, por falta de aplicación de los artículos constitucionales, y por aplicación indebida de los demás.

Concretamente, el precepto aquí acusado, dice el actor, quebranta los artículos 84 y 333 de la Carta y el último inciso del artículo 3o. de la Ley 1a. de 1991, estatuto de puertos marítimos que regula de manera general el sistema portuario y sus actividades, razón por la cual las autoridades portuarias no pueden exigir permisos y licencias distintas de las contempladas en la misma Ley.

En consecuencia, al exigir la norma aquí acusada autorización previa, expresa y escrita para realizar fondeos, se violó la Constitución y el precitado artículo 3o.

Quinto cargo. Se acusan los artículos 4o., 5o. y 7o. -inciso primero-, en concordancia con el artículo 1o. de la resolución 22 de 1993, de violar, por falta de aplicación, los artículos 29 de la Carta y 28, 14 y 35 del Decreto 01 de 1984.

Estas últimas disposiciones alegadas son, en el presente caso, el "debido proceso administrativo" que goza de la protección del artículo 29 de la Constitución Política.

Las autoridades que adopten decisiones con omisión del debido proceso, se exponen a cometer errores en el análisis de la juridicidad o la conveniencia de sus actos. En este sentido, perjudican a la administración pública. Pero además, perjudican a los particulares, pues los someten a la necesidad de interponer luego recursos o procedimientos judiciales dilatados y costosos para establecer hechos o derechos que habrían podido acreditarse antes de la expedición del acto, ahorrando a todos tiempo y dinero, y cumpliendo con la ley.

Es obvio que los artículos aquí acusados afectan directamente a todos quienes habían recibido autorizaciones, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase, pues a tales personas se les impone una contraprestación.

Los nombres de tales personas podían haberse obtenido fácilmente con las autoridades que, de Acuerdo con las normas vigentes entonces, tenían la competencia para dar las autorizaciones aludidas. La Superintendencia sin embargo, no hizo las citaciones que exige ley.

RAZONES DE LA DEFENSA

La Superintendencia General de Puertos, a través de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor, con los argumentos que se sintetizan a continuación:

No es admisible la apreciación del demandante consistente en que se ha violado el artículo 27 numerales 27.13 y 27.16 de la Ley 01 de 1991, por cuanto no expone en qué consiste la "indebida aplicación", siendo por tanto improcedente tal cargo desde el punto de vista de técnica procesal.

Igualmente, no desarrolla en qué consiste la violación de los artículos 3o., 5o. numeral 5.2 y 7, incisos primero y segundo de la Ley 01 de 1991, ni de los numerales 26, 27 y 29 del Decreto 2681 de 1991 y, por consiguiente, no es procedente tal acusación.

La Ley 01 de 1991 es reiterativa en la función esencial que el corresponde a la Superintendencia General de Puertos de reglamentar la operación de los puertos, coordinar y proponer la dirección general de la actividad portuaria en orden a planificarla y racionalizarla como actividad de "interés público" que le reconoce la ley, vigilando además porque se cumplan los mandatos legales en la materia por parte de las sociedades portuarias y los usuarios del puerto.

En cuanto al alcance de las facultades contenidas en el artículo 39 de la Ley 01 de 1991, no es cierto ni corresponde a derecho, ni a los principios consagrados por la ley

01 de 1991, ni al tenor literal del artículo 39 de la citada Ley, aquellos de que sólo los titulares de las concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia del Estatuto de Puertos Marítimos que tenían obligaciones en favor de COLPUERTOS, podían ser gravados con tarifas por fondeo realizado por fuera del área entregada en concesión: La Superintendencia General de Puertos establece como principio esencial el prever los mecanismos y fórmulas generales para el cálculo de la contraprestación que en últimas, es por el uso de un bien público, cuales son las playas y zonas de bajamar y dentro de este espíritu, por el uso en general de los bienes de la Nación. Ya no puede recaudarse por servicios a la carga que prestaba COLPUERTOS, por la sencilla razón de que dentro del marco del Estatuto de Puertos Marítimos, expedido mediante la Ley 01 de 1991, los servicios portuarios son prestados ya no por el Estado, sino por las Sociedades Portuarias y Operadores Portuarios, tal como lo enuncian fundamental los artículos 5, numerales 5.9 y 5.20; 6; 19 en cuanto a cobro de tarifas por el uso de la infraestructura portuaria de una Sociedad Portuaria; 20 en cuanto consagra la libertad de tarifas por servicios portuarios, y 32 en cuanto predica idéntico principio de libertad para el ejercicio de actividades propias de los operadores portuarios.

La contraprestación no tiene el alcance de "Contribución tipificada... en función de sus sujetos activos y pasivos, y de hechos y bases gravables..." como lo plantea el demandante.

El pago por utilizar exclusivamente bienes de uso público, playas, zonas de bajamar y zonas accesorias a aquellas y éstas, es una renta contractual.

Por las razones anteriores, sostiene la Superintendencia, no se vulneran tampoco los preceptos constitucionales que señala el actor. Tampoco se violan los del C. C. A. que también cita el demandante, pues el acto acusado es un acto administrativo de carácter general.

TRASLADO PARA ALEGAR

Durante el término para alegar de conclusión, las partes hicieron uso de este derecho, reafirmando y ampliando sus respectivos puntos de vista. El Ministerio Público emitió su concepto de fondo. Durante el mismo se presentó el señor Darío Giovanni Torregroza Lara solicitando se le tenga como parte impugnante de la demanda, y pidiendo desestimar las pretensiones de ésta con fundamento en argumentos que expone a folios 125 a 127 del expediente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, conceptúa que del contenido de los artículos demandados, debe decirse que si se compara el artículo 1o. de la resolución 022, precepto éste que constituye base fundamental de lo reglado en los artículos acusados, con el artículo 39 de la Ley 1a. de 1991 fácilmente se concluye que aquel resulta ser una reproducción textual de éste. Por lo tanto, bien se puede

afirmar que en la resolución 022 en manera alguna se cambiaron los sujetos que antes de la vigencia de aquella ley había recibido autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones destinadas a facilitar el cargue y descargue de naves.

En lo demás, dice la Agencia del Ministerio Público que se remite a los planteamientos hechos por la Sección, en el auto admisorio de la demanda para denegar la suspensión provisional solicitada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Procede la Sala al examen de los cargos, en el mismo orden en que han sido formulados por el actor y reseñados en este proveído.

Primer cargo.-El texto de las disposiciones legales que se estiman transgredidas, rezan:

Artículo 5o.- numeral 5.2 de la Ley 1a. de 1991:

> "Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a 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".

Artículo 7o., en la parte que se estima infringida:

> "Monto de la contraprestación. 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.
>
> "Esta contraprestación se otorgará 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...".

El Superintendente General de Puertos expidió la resolución demandada invocando "sus facultades legales y en especial las que le confieren los artículos 39 y 27, numerales 27.13 y 27.16 de la Ley 1a. de 1991 y los numerales 26, 27 y 29 del artículo 4o. del Decreto Ley 2681 de 29 de noviembre de 1991".

Estas normas, que también son citadas por el actor como vulneradas en los cargos segundo, tercero y cuarto, rezan:

"Artículo 27. Funciones de la Superintendencia General de Puertos. El Superintendente General de Puertos ejercerá las siguientes funciones:

".....

"27.13. Ejercer las funciones y derechos que corresponden a Puertos de Colombia en materia de tasas, tarifas y contribuciones respecto de aquellas personas que habían recibido antes de la publicación de esta Ley, cualquier clase de autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones destinadas en forma mediata o inmediata al cargue o descargue de naves.

".....

"27.16. Ejercer las demás facultades de derecho público que posee la Empresa Puertos de Colombia, y que no hayan sido atribuidas a otras autoridades ni resulten incompatibles con esta ley".

Del artículo 4o. del Decreto Ley 2681 de 1991, "Por el cual se establece la estructura y se determinan las funciones de las dependencias internas de la Superintendencia General de Puertos", su numeral 26 es reproducción literal del pretranscrito numeral 13 del artículo 27 de la Ley 1a. de 1991; el numeral 27 corresponde justamente al párrafo final del primer inciso del artículo 39 de esta Ley 1a., también transcrito ***ab initio*** de este proveído, y el numeral 29, reproduce igualmente, el numeral 16 del aludido artículo 27.

De los precedentes textos legales, lo que ciertamente resulta claro es que la Superintendencia General de Puertos se encontraba facultada para regular sobre los sistemas de pago a que estaban sujetas las personas que habían recibido antes de la promulgación de la Ley 1a. de 1991, cualquier clase de autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones destinadas en forma mediata o inmediata al cargue o descargue de naves. Las aludidas normas así lo evidencian. En efecto, el numeral 27 del artículo 4o. del Decreto Ley 2681 de 1991 que, como se acaba de señalar, corresponde al texto del citado y pretranscrito artículo 39, estatuye como función de la Superintendencia General de Puertos "Establecer los sistemas a través de los cuales seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación las obligaciones que tenían las personas públicas o privadas para con la Empresa Puertos de Colombia según el artículo 39 de la Ley 01 de 1991".

También resulta evidente, si se compara el artículo 1o. de la Resolución demandada, precepto este que, en verdad, constituye base fundamental de lo reglado en los artículos acusados, con el citado artículo 39 de la Ley 1a. de 1991, se observa que aquel corresponde a una reproducción textual de este, por lo que bien puede concluirse, como igualmente lo dedujo la Agencia del Ministerio Público, que en la resolución 022 en manera alguna se cambiaron los sujetos que antes de la vigencia de la Ley 1a. de 1991 habían recibido autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue de naves, pues son ellos mismos los que seguirán ejerciendo los derechos que poseían.

La interpretación cabal de las disposiciones legales que en este cargo se estiman vulneradas, no se logra sino en la medida en que se relacionen con las otras disposiciones que aquí se han señalado y transcrito.

Una visión de conjunto, sistemática, de toda esa normatividad, no permite concluir, en lógica jurídica, como lo hace el actor, sino que por el contrario, conduce a deducir que el artículo 4o. acusado guarda indiscutible relación y concordancia con los presupuestos que se invocan infringidos: artículos 5o. numeral 5.2, y 7o. en sus incisos pretranscritos, de la Ley 1a. de 1991.

A lo anterior hay que agregar que la referida contraprestación por la ocupación y utilización de las playas y zonas de bajamar a que se refiere el artículo 4o. acusado, tiene su fuente en la parte final del artículo 39 de la Ley 1a. de 1991 y en el numeral 26 del artículo 4o. del Decreto Ley 2681 del mismo año.

En suma, los sujetos pasivos de la aludida contraprestación, así como los hechos objeto de esta, no son únicamente los que el actor señala sino también las personas públicas y privadas que habían recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, con la finalidad expresada en el artículo 39 de la Ley 1a. de 1991, con lo cual concuerda el artículo 1o. de la resolución acusada.

En cuanto a que el inciso final del artículo 7o. acusado, señala sólo como sujeto activo de la contraprestación a la Nación, y en la Ley la. son este y los municipios y distritos, cabe decir que se trata simplemente de una errónea interpretación que el actor hace de aquella norma, pues, en sana hermenéutica, desentrañando su verdadero alcance, ella solamente se refiere al 80% que corresponde liquidar y recaudar en favor de la Nación, que ha establecido el inciso 2o. del artículo 7o. de la Ley 1a. de 1991, lo que significa que se respeta el 20% que corresponde al municipio o distrito donde opere el puerto, según esta última norma.

Desde luego que por no constituir la "contraprestación" propiamente un impuesto, como simplemente lo sugiere el actor, sin entrar a explicar las razones de su aseveración, es ello suficiente motivo para desechar la presunta violación de las normas constitucionales que él señala.

Más bien se dirá que a voces con lo que indica el artículo 7o. de la Ley 1a. de 1991, al expresar que la contraprestación "es el valor ... que deben dar quienes se benefician con las concesiones portuarias", la premisa del actor con la que le atribuye el carácter de impuesto a aquella, queda plenamente desvirtuada.

Por lo anterior, este primer cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo. En esencia, este cargo consiste en que el Superintendente General de Puertos a través del artículo 4o. de la resolución 022 de 1993, en concordancia con el artículo 1o. *ibídem,* aplicó indebidamente los artículos 39 y 27 - numerales 13 y 16- de la Ley 1a. de 1991, pues, dice el actor, extendió estas disposiciones legales a todos quienes tenían autorizaciones portuarias anteriores a la

citada Ley 1a., desconociendo así los derechos adquiridos de quienes tenían tales autorizaciones, pero las habían recibido sin que la ley ni el acto administrativo habilitante les hubiera impuesto obligación pecuniaria alguna en favor de la Nación.

La Sala comparte el criterio de la defensa en el sentido de que la reglamentación que el correspondía expedir a la Superintendencia General de Puertos debía versar, como en efecto versa, sobre todas las autorizaciones obtenidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1a. de 1991, pues no otra interpretación cabe del claro texto del artículo 39 de la precitada Ley, que además en su inciso final deja establecida con amplitud la función pública que se le asigna a la Superintendencia al preceptuar que:

> "...cualquier modificación en los términos en los que se otorgó la autorización, deberá ser aprobada por la Superintendencia General de Puertos. Si el titular de la autorización la estuviere usando para el cargue o descargue de naves menores, la aprobación no se dará sino en el caso de que el solicitante acepte someterse al régimen de embarcaderos de que trata esta ley".

De otra parte, en concordancia con el artículo 27, numeral 27.13 de la Ley 1a. de 1991, el artículo 4o., numeral 26 del Decreto 2681 de 1991, le da a la Superintendencia General de Puertos la atribución de "Ejercer las funciones y derechos que corresponden a Puertos de Colombia en materia de tasas, tarifas y contribuciones respecto de aquellas personas que habían recibido antes de la publicación de la Ley 01 de 1991, cualquier clase de autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones destinadas en forma mediata o inmediata al cargue o descargue de naves".

Entonces, contrariamente a lo que piensa el actor, el artículo 4o. de la resolución acusada, en concordancia con el 1o. *ibídem*, aplicó el inciso 1o. del artículo 39 y las normas citadas en el párrafo precedente, a situaciones justamente en ellas comprendidas.

No es cierto, pues, que los sujetos pasivos de la contraprestación sean únicamente quienes se beneficien del contrato típico de concesión portuaria, ya que la Ley 1a. de 1991 extiende la contraprestación económica a favor del Estado (la Nación, los distritos y municipios portuarios), a quienes con anterioridad a ella estaban igualmente autorizados, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y utilizar temporalmente las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o "éstos para efectos portuarios, lo que implica que si alguno de tales beneficios tenían anteriormente carácter gratuito, esta condición desapareció por efectos de la ley para convertirse en oneroso mediante la aplicación de la tarifa correspondiente, en compensación por los servicios portuarios".

En lo que respecta a "derechos adquiridos" que alega el demandante, debe tenerse bien en cuenta que lo que la Ley 1a. de 1991 dice dentro del régimen de transición de la legislación anterior a la nueva, es que aquellos titulares de autorizaciones obtenidas

antes de la promulgación de dicha ley "seguirán ejerciendo los derechos que poseen", entendiéndose que dichos derechos subsisten en la medida que no sean contrarios a la Constitución ni a la ley. De manera pues que ninguna persona puede aducir frente a la nueva legislación derechos adquiridos, a no ser sólo que se exija que se respete el término de la autorización, que no se le obligue al administrado a presentar una nueva solicitud de autorización ni a transformarse en sociedad portuaria mientras mantenga las condiciones en que se le otorgó la autorización, pues si pretende modificarlas deberá ajustarse a la nueva reglamentación, según lo previene el inciso final del artículo 39 de la Ley 1a. de 1991, atrás transcrito.

Se sostiene con justa razón por la defensa del acto acusado, que no se puede pensar legítimamente en que los titulares de las autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 1a. puedan gozar de la subsistencia de gratuidad frente a un beneficio portuario, si fue que éste alguna vez existió, porque ello equivaldría a establecer un principio de desigualdad jurídica, proscrito en el artículo 13 del nuevo ordenamiento.

Así que no se vulnera ni la propiedad privada ni los derechos adquiridos, máxime si se tiene en cuenta que aún en el caso de surgir conflicto entre los derechos de los particulares y el interés público o social, que no se da en el presente caso, aquellos deberán ceder a éste, según reza el artículo 58 de la Carta (30 de la de 1886), pues no puede perderse de vista que al tenor del inciso segundo del artículo 1o. 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**". (Subraya la Sala).

En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Tercer cargo. En esencia, sostiene el actor que por el artículo 5o. de la Resolución 022 de 1993, el Superintendente aplicó en forma indebida el artículo 27, -numerales 13 y 16- de la Ley 1a. de 1991, y el artículo 4o. -numerales 26, 27 y 29- del Decreto Ley 2681 de 1991, porque el derecho que tenía Puertos de Colombia de cobrar por fondeo derivaba de los servicios que prestaba esa empresa. El Superintendente no podía, entonces, concluye el actor, aplicar esas normas como si ellas pudieran trasladar a la Superintendencia la facultad de hacer cobros por fondeo sin prestar los servicios, es decir, como si hubiera creado un impuesto y, además, hubieran dejado al Superintendente la facultad de determinar la tarifa, porque así también se infringe el artículo 338 de la Constitución.

El artículo 5o. numeral 5.1 de la Ley 01 de 1991, define que es una "Actividad Portuaria" y entre ellas está expresamente relacionada lo referente a la "Operación". En este sentido, la labor de fondeo es una de las modalidades de operación en los puertos y terminales portuarios, específicamente relacionados en dicha norma.

A su vez, cuando el artículo 26 *ibídem,* puntualiza la competencia que le asiste a esta Superintendencia, alude a que "Ejercerán sus facultades respecto de las activida-

des portuarias relacionadas con los puertos". Esto quiere decir, que por no haber entrado a distinguir o discriminar el legislador modalidades específicas de actividades portuarias, en las normas citadas se entienden incluidas todas las que puedan existir y la operación en fondeo es una de ellas.

Es precisamente el artículo 39 de la citada Ley 01, el que le permite a la Superintendencia establecer el pago que venían efectuando en favor de Colpuertos, ahora en beneficio de la Nación a través de la Superintendencia, por cuanto de Acuerdo a su tenor literal, "Las obligaciones que tenían en favor de la Empresa Puertos de Colombia seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifario previsto en la ley, lo que concuerda con el artículo 27.16, que previene como función del Superintendente "Ejercer las demás facultades de derecho público que posee la Empresa Puertos de Colombia, y que no hayan sido atribuidas a otras actividades ni resulten incompatibles con la ley".

De otra parte, entre los servicios en puerto que prestaba COLPUERTOS a las embarcaciones en puerto se encuentra el fondeo, según lo que prescribe el artículo 2o. del Decreto 550 de 1980: "Los servicios a las embarcaciones en puerto para efecto de este estatuto, son las operaciones, servicios y actividades que se prestan a una embarcación en fondeo o en muelle que permitan el cargue y/o descargue de las mismas".

Es así como el acusado artículo 5o. tiene sólido fundamento legal, y en este sentido, en consecuencia, le correspondía, a la Superintendencia, como efectivamente lo hizo, ejercer las funciones públicas que estaban a cargo de COLPUERTOS y las demás expresamente asignadas por la Ley 01 de 1991, que para los efectos especialmente examinados son los artículos 39 y 27 -numerales 27.13 y 27.16-, lo que deja igualmente sin piso la llana afirmación del actor en cuanto a que también se infringió el artículo 338 de la Constitución.

Tampoco, pues, tiene este cargo vocación de prosperidad.

Cuarto cargo. El párrafo del último inciso del artículo 3o. de la Ley 1a. de 1991, que el actor estima infringido por el inciso final del artículo 5o. de la Resolución 22 de 1993, estatuye que "Salvo cuando esta ley disponga lo contrario, no se requerirán permisos previos de la Superintendencia General de Puertos para realizar actividades portuarias; ...". Y la preceptiva acusada, como **ab initio** se transcribió, dispone: "En todo caso, para realizar el fondeo, los operadores portuarios, sociedades portuarias o beneficiarios de autorización obtenida con anterioridad a la vigencia de la Ley 1a. de 1991, en los términos de la presente reglamentación, deben obtener autorización expresa y escrita por parte de esta Superintendencia".

Sobre el particular, la Ley 1a. de 1991, no contempla específicamente en ninguna de sus disposiciones la exigencia de obtener autorización expresa y escrita para realizar el fondeo por parte de las personas que con anterioridad a dicha ley hubiesen obtenido

tal autorización; sin embargo, el mismo artículo 3o. de dicha ley establece que "Corresponde al Superintendente General de Puertos y de conformidad con esta ley, definir las condiciones técnicas de operación de los puertos, en materias tales como ...servicio a las naves; prelaciones y reglas sobre turnos, atraque y desatraque de naves; períodos de permanencia; tiempo de uso de servicios..., y las demás que han estado sujetas a la Empresa Puertos de Colombia, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la presente ley. Tales resoluciones deben tener como objetivo: 3.1 Facilitar la vigilancia sobre las operaciones de las sociedades portuarias y de los usuarios de los puertos. 3.2 Garantizar la operación de los puertos durante las 24 horas todos los días del año. 3.3 Propiciar los aumentos de la eficiencia y el uso de las instalaciones portuarias. 3.4 Efectuar la introducción de innovaciones tecnológicas en las actividades portuarias", de lo cual se desprende, teniendo en cuenta, por supuesto, como atrás, en el examen del cargo precedente quedó establecido, que el fondeo hace parte de la actividad portuaria por ser un elemento que se integra al concepto de "operación y administración de puertos", que es legalmente procedente, con fundamento en el pretranscrito artículo 3o. de la Ley 1a. de 1991, siempre y cuando la referida exigencia no entrañe el desconocimiento del derecho que posean las personas a las que se refiere la norma acusada, en cuanto al fondeo propiamente dicho, sino simplemente traduzca el acomodamiento a las condiciones técnicas de operación de los puertos, que previene la citada Ley 1a.

Conforme a estos razonamientos, el cargo no puede prosperar.

Quinto cargo. Tampoco le asiste razón al actor en esta censura, pues tratándose de un acto administrativo de carácter general no precedido de ninguna acutación administrativa iniciada de oficio o a instancia de parte, mal puede darse la violación de los artículos 28, 14 y 35 del C. C. A. y consecuencialmente del artículo 29 de la Constitución Nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de la señora Procuradora Primero Delegada ante esta Corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

DEVUELVASE al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

TIENESE al ciudadano Darío Giovanni Torregroza Lara, como parte impugnante, conforme al memorial que obra a folios 125 a 127 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión ceelebrada el día 3 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

TERMINO LEGAL/DIA HABIL/TARJETA PORTUARIA

El artículo 5o. del Decreto 1678 que fue publicado en el Diario Oficial el viernes 16 de octubre de 1992, prescribe que las tarifas de que trata el Acuerdo que se está ratificando, "se aplicarán a las embarcaciones que arriben desde el décimo primer día, contados a partir de la publicación a que se refiere el artículo siguiente". El artículo siguiente, sexto, dice que regirá a partir de la fecha de su publicación. Vale la pena anotar que el artículo 5o. del Decreto 1678 de 1992 trata de la aplicación de las tarifas a las embarcaciones que arriben desde el décimo primer día sin que considere computables los feriados y de vacantes, esto equivale a decir, de conformidad con el artículo 62 del C. de R. P. y M., que sí se entienden suprimidos esos días. La anterior precisión conduce a la irrebatible conclusión del ajustamiento a derecho que ostenta el inciso demandado, pues no se observa en él la aplicación errónea ni arbitraria al Decreto cuando considera como días hábiles, para los efectos que en él se determina, los comprendidos entre el lunes y el viernes, inclusive, de cada semana.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Ref.: Expediente No. 2616. Autoridades Nacionales. Actora: Clara Inés González Conde.

La accionante en el proceso de la referencia, en ejercicio de la acción de nulidad, solicita que esta Corporación haga la siguiente declaración:

"PRIMERO.- Que el oficio circular No. 188605 del 12 de noviembre de 1992, proferida por el Gerente General de la empresa PUERTOS DE COLOMBIA -en liquidación- y dirigido a los terminales de BARRANQUILLA, BUENAVENTURA, CARTAGENA Y TUMACO.

"Es nulo en el punto dos (2) inciso tercero y cuyo tenor es como sigue:

""-Las tarifas y criterios que se establecen en este Acuerdo se aplican a las embarcaciones que arriben a partir del 3 de NOVIEMBRE de 1992, teniendo en cuenta que el Decreto fue publicado en el DIARIO OFICIAL No. 40628 del 16 de OCTUBRE de 1992 y en concordancia con lo establecido en el artículo Quinto del ACUERDO".

"SEGUNDO.- Que se tenga en cuenta que los días sábados son laborables en los Terminales Marítimos y la fecha de aplicación del DECRETO 1678/92 sería el 30 de OCTUBRE de 1992".

LA FUNDAMENTACION FACTICA de la demanda es la siguiente:

La Junta Directiva Nacional (sic) en su sesión del 17 de septiembre de 1992 Acta No. 334 de 1992, expidió el Acuerdo No. 014 de 1992. Este acuerdo fue ratificado por el Gobierno mediante el Decreto No. 1678 de 1992 y publicado en el Diario Oficial el viernes 16 de octubre de 1992.

En su artículo segundo el decreto expresa:

"Las tarifas que se establecen en el presente acuerdo son tarifas unificadas tanto para tiempo ordinario, extraordinario, dominicales y feriados oficiales".

A su vez, el artículo quinto del mismo Decreto dice:

"Las tarifas se aplicarán a las EMBARCACIONES que arriben desde el décimo primer día, contados a partir de la publicación".

La Gerente General expidió el Oficio Circular No. 188605 de noviembre 12 de 1992 y con él pretendió aclarar los términos de aplicación del decreto.

En su punto dos (2) inciso tercero señala que la fecha para el cobro de las tarifas es a partir del 3 de noviembre de 1992, teniendo en cuenta que el decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 40628 del 16 de octubre de 1992. Así, le da una aplicación errónea y arbitraria al Decreto pues considera que días hábiles son de lunes a viernes, concluye la accionante.

DISPOSICIONES VIOLADAS
Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

Se señalan como tales el artículo 62 del C.R.P. y M., el artículo 70 del C. C., el Reglamento Interno de Operaciones Portuarias -Resolución 303 de mayo de 1991- y el que regula el ejercicio de la acción, artículo 84 del C. C. A.

Para explicar la violación se vale la demandante de dos afirmaciones sobre la ampliación del concepto de "día hábil", a saber:

> "El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de abril 29 de 1983, considera que los sábados son hábiles, a no ser que la Administración expresamente los señale como inhábil (sic)".
>
> "La Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo 28 de 1984, amplía el alcance del artículo 62 C. R. P. y M. y dice que es aplicable a toda clase de disposición legal y no sólo a las que versan sobre Régimen Político y Municipal".

Manifiesta además que el artículo 12 del Reglamento Interno de Colpuertos dice que los servicios marítimos a las embarcaciones son de lunes a domingo, lo que demuestra que todos los días son laborables en el Puerto y que el mencionado decreto fija las tarifas a cobrar a las embarcaciones que arriben a Puerto, lo que se presenta todos los días. Allí mismo se establece que las tarifas unificadas son para tiempo ordinario, extraordinario, dominicales y feriados oficiales y esto demuestra que la actividad portuaria es continua.

Concluye la demandante afirmando que el acto que se demanda viola ostensiblemente el artículo 62 del C. R. P. y M. y el reglamento interno de Colpuertos; que la fecha de aplicación sería el 30 de octubre de 1992 suprimiendo los feriados y que la interpretación arbitraria de la Gerencia de Puertos afecta económicamente a los usuarios de los terminales marítimos por cuanto, el decreto en mención, rebaja las tarifas con respecto a las que regían con anterioridad generando un ingreso indebido e ilegal para Colpuertos y un daño económico para el usuario.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Habiendo la actora solicitado la suspensión provisional del acto demandado, la Sala despachó desfavorablemente la solicitud al considerar que no se observaba a primera vista la violación ostensible de la norma porque "si bien es cierto ella supone la aplicación de tarifas en tiempo ordinario, extraordinario, dominicales y feriados oficiales, habría que establecer qué debe entenderse por tiempo ordinario, extraordinario y feriados oficiales, y si cada uno de ellos corresponde al transcurrido entre el 16 de octubre, día de la publicación del decreto, y el 3 de noviembre de 1992, día en que empezaron a aplicarse las tarifas. La controversia la circunscribe la demandante al concepto de "días hábiles" y de ellos no trata la regla citada como infringida".

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La señora apoderada de la Empresa Puertos de Colombia -en liquidación-, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma. Afirma que el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS, actuó con

competencia y de conformidad con la ley, en especial con el Código de Régimen Político y Municipal, los Estatutos y las normas dictadas por la Junta Directiva Nacional, con lo cual queda desvirtuada la pretensión del demandante.

Sobre el caso concreto de si los términos se contaron de conformidad con el Código de Régimen Político y Municipal y con los reglamentos expedidos por Colpuertos, se manifestó así la representante de la entidad:

> "Si bien no constituye objeto de inquietud de orden legal alguna, el ARTICULO SEXTO del Decreto 1678 de 1992, disposición que se refiere a la vigencia del Decreto 1678 acorde con lo previsto en la Ley 57 de 1985, amerita especial revisión lo previsto en el ARTICULO QUINTO del mismo, el cual alude al momento en que debe empezarse a aplicar las nuevas tarifas que contempla el aludido Decreto 1678, según lo planteado en la demanda.
>
> "En consideración a que todo el cuestionamiento jurídico versa sobre cómo debe contarse el "término" establecido en el ARTICULO QUINTO del Acuerdo 014 aprobado mediante el artículo 1o. del Decreto 1678 de 1992, pongo de presente que se observó lo pertinente por el artículo 62 del C.R.P. y M., y la medida administrativa que contiene el Oficio Circular No. 188605 tuvo en cuenta precisamente tal mandato legal, en concordancia con lo establecido en el artículo 59 y 61 de ese mismo Código, normas que rigen la materia por tratarse de plazos que se señalan en ACTOS OFICIALES.
>
> "La primera disposición citada, amerita descartarse en cuanto consagra la diferencia de un plazo concedido en "días hábiles", del previsto en "días calendario". Establece para la primera modalidad, que se entiende que el plazo debe contarse en días hábiles, cuando expresamente no se haya establecido lo contrario cual es el caso que nos asiste, pues en la regulación del tan mencionado ARTICULO QUINTO simplemente se contempló que se aplicarán las nuevas tarifas A PARTIR DEL DECIMO PRIMER DIA contado a partir de la publicación en el Diario Oficial y no se precisó expresamente (como ordena la norma) la inclusión de los días feriados o vacantes".

Además de los anteriores argumentos, manifiesta la señora apoderada que tampoco sirve la invocación del Reglamento Interno de Colpuertos que hace la demandante sobre el horario en el Puerto de Buenaventura en cuanto a que, por proveerse turnos en la jornada laboral de ese terminal marítimo, los días sábados debieron contarse como hábiles. No se puede concluir que la empresa en pleno trabaje de lunes a domingo pues a nivel nacional, para todos los efectos salvo para los turnos, se entiende que la jornada ordinaria es de lunes a viernes ocho horas diarias, tal como consta en la certificación expedida por la Secretaría General de Colpuertos.

Sobre el artículo 2o. del Acuerdo 014 aprobado por el artículo 1o. del Decreto 1678 de 1992, en cuanto consagra el principio de "unificación" de tarifas, dice la respondiente que dicha unificación es exclusivamente para liquidarlas, "es decir, lo que contempla la

norma es que al usuario no se lo (sic) grava en atención a estas circunstancias y por el contrario la Empresa Puertos de Colombia, asume cualquier sobrecosto por la jornada laboral de sus empleados o personal contratado temporalmente para prestar oportuna y eficientemente los servicios. Tal como lo expresa esa Honorable Corporación: "La controversia la circunscribe la demandante al concepto de "días hábiles" y de ello no trata la regla citada como infringida"".

Concluye la libelista afirmando que para este caso se aplican también los artículos 59 y 61 del C. R. P. y M. en cuanto enseñan cómo se cuenta el plazo cuando éste se establece "a partir" o "desde tal día" y en este sentido se observa que si bien el artículo 5o. del Acuerdo 014 aprobado mediante el artículo 1o. del Decreto 1678, lo estableció "...a partir del décimo primera día...", el oficio demandado, en el punto 2, inciso 3o., contiene la adecuada aplicación de las tres normas invocadas del Código de Régimen Político y Municipal.

ALEGATOS DE CONCLUSION

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

En la oportunidad procesal pertinente, se dispuso el traslado a las partes y a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación por un término común para efectos de alegar en conclusión.

Las partes presentaron sendos memoriales en los que ratifican los argumentos expuestos en sus libelos iniciales. La señora Procuradora Delegada guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Principal empeño de estas consideraciones será el de buscar la transgresión que de las normas superiores señaladas por la accionante se hace mediante el acto acusado, esto es, el Oficio Circular 188605 del 12 de noviembre de 1992 dirigido por el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia a los Gerentes de varios terminales del país, en el inciso tercero del numeral segundo cuyo texto reza:

> "Las tarifas y criterios que se establecen en este acuerdo se aplican a las embarcaciones que arriben a partir del 3 de noviembre de 1992, teniendo en cuenta que el decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 40628 del 16 de octubre de 1992 y en concordancia con lo establecido en el artículo quinto del Acuerdo".

Se indican como violados el artículo 62 del C.R.P. y M., el artículo 70 del C.C., la resolución 303 de 1991 o Reglamento Interno de Operaciones Portuarias y el artículo 84 del C.C.A.

Antes de entrar al examen de la alegada violación, es necesario hacer algunas aclaraciones sobre las normas anteriores.

El artículo 70 del C.C., sobre el cual la actora no hace alusión alguna, fue subrogado por el artículo 62 del C.R.P. y M. al cual se hará referencia de fondo en este capítulo.

El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sobre el cual tampoco da la actora ninguna explicación, no puede considerarse una norma violada toda vez que es sobre ella que se está fundamentando la acción impetrada.

Sobre el Reglamento Interno de Colpuertos, dice la demandante se violan el artículo 12 que reglamenta el horario en el Puerto de Buenaventura y el segundo establece las tarifas unificadas. Observa la Sala que no se requiere un examen muy profundo para constatar que la determinación que se toma en el inciso demandado, nada tiene que ver con estas dos normas, pues en este únicamente se dispone que la aplicación de tarifas y criterios que establece el Acuerdo deben aplicarse a las embarcaciones que arriben a partir del 3 de noviembre de 1992, fecha que deduce de la de publicación del decreto en el Diario Oficial, en concordancia con lo establecido en el artículo quinto del acuerdo. Es decir, no se dispone cambio alguno de tarifas ni de horarios y por lo tanto, la invocación de esas dos disposiciones del reglamento podría ser meramente informativa para ilustrar la violación que se alega del artículo 62 del C.R.P. y M., según el parco concepto expuesto por la accionante, pero sin que jurídicamente se haya demostrado que hubo desobedecimiento, desacato u ofensa a esos dos artículos de la resolución 303 de 1991, "por la cual se regula y aprueba el Reglamento Nacional de Operaciones Portuarias para los Puertos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Tumaco".

Resta entonces sólo el análisis de la transgresión denunciada por la accionante del artículo 62 del C.R.P. y M.

El texto de la norma en mención es el siguiente:

> "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarle lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil".

La demandante, al explicar el concepto de la violación, invoca en su ayuda una sentencia de la Corte Suprema de Justicia según la cual el artículo 62 del C.R.P. y M., "es aplicable a toda clase de disposición legal y no sólo a las que versen sobre Régimen Político y Municipal". Agrega la actora que el día hábil para cómputo de los términos legales lo determina su laborabilidad. Aduce además que, de acuerdo con una providencia del Consejo de Estado del 29 de abril de 1983, los sábados son hábiles, a no ser que la Administración expresamente los señale como inhábiles.

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos dados en forma escueta por la demandante, se tiene que, tomando como fundamento lo dicho por la Corte en el sentido de que el artículo 62 del Código citado es aplicable a toda clase de disposiciones legales,

la norma demandada es una de ellas. Puede afirmarse, por consiguiente, que la consideración del Consejo de Estado, mencionada por la actora, es favorable en este caso a la entidad demandada ya que, como seguidamente entra a demostrarse, la Administración (Colpuertos), considera los sábados y los domingos como inhábiles. En aquella ocasión, el Consejo de Estado, dijo concretamente lo siguiente:

> "...Ello es así porque como la ejecutoria acaece en la vía gubernativa no deben contarse los sábados ya que son días no hábiles en las oficinas impositivas de Manizales. La Sala considera que esta es una buena oportunidad para precisar el alcance de las disposiciones sobre los días hábiles e inhábiles. Por regla general los sábados son días hábiles, pero si la administración ha dictado alguna norma general que considera inhábiles los sábados, estos no pueden contarse en los términos de la ejecutoria". (Exp. 10.174, auto del 29 de abril de 1983, Consejero Ponente; Dr. Enrique Low Murtra).

Así, siendo el punto crucial del debate el texto literal del artículo 62 del C.R.P. y M., habrá que atenderse a lo que expresa su primera parte cuando dice que "en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados o de vacantes, **a menos de expresarse lo contrario**" (subrayas fuera del contexto).

Reza la constancia de la Secretaría General de la Empresa Puertos de Colombia (folio 69 del expediente), que,

> "En todo caso, a nivel nacional, la jornada ordinaria de trabajo es de lunes a viernes, con ocho (8) horas diarias de duración y con sede en Santafé de Bogotá, funciona la Junta Directiva Nacional y el Gerente General, como máximos organismos de dirección de la Empresa.
>
> "Lo anterior, de conformidad con lo previsto entre otras disposiciones, en la resolución No. 303 de 1991, Convención Colectiva de Trabajo vigente 1991-1993, del Terminal Marítimo de Buenaventura".

Ahora bien, el artículo quinto del Decreto 1678 que fue publicado en el Diario Oficial el viernes 16 de octrubre de 1992, prescribe que las tarifas de que trata el acuerdo que se está ratificando, "se aplicarán a las embarcaciones que arriben desde el décimo primer día, contados a partir de la publicación a que se refiere el artículo siguiente". El artículo siguiente, el sexto, dice que regirá a partir de la fecha de su publicación.

Vale la pena anotar que el artículo 5o. del Decreto 1678 de 1992 trata de la aplicación de las tarifas a las embarcaciones que arriben desde el décimo primer día sin que considere computables los feriados y de vacantes, esto equivale a decir, de conformidad con el artículo 62 del C. de R.P. y M., que sí se entienden suprimidos esos días.

La anterior precisión conduce a la irrebatible conclusión del ajustamiento a derecho que ostenta el inciso demandado, pues no se observa en él la aplicación errónea ni arbitraria al decreto cuando considera como días hábiles, para los efectos que en él se determina, los comprendidos entre el lunes y el viernes, inclusive, de cada semana.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUELVASE a la demandante la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 3 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES- Naturaleza/**ACTO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL/ SUSPENSION PROVISIONAL**

El decreto expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Constitución Política tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, desde el punto de vista material. Sin embargo, teniendo en cuenta tanto la forma de su expedición (decreto), así como el órgano que lo origina (Gobierno Nacional), esto es, desde el punto de vista formal u orgánico -criterio que ha imperado en el decreto colombiano con la antigua y nueva Constitución para distribuir competencia para efecto del control jurisdiccional, se considera como acto administrativo y de ahí la razón para que esta Corporación haya asumido su control de constitucionalidad con base en lo normado en el artículo 237 numeral 2o., como quiera que la competencia para su juzgamiento no le fue atribuida a la Corte Constitucional ni en el artículo 241 de la Carta ni en las disposiciones transitorias de la misma. Tal juzgamiento supone la aplicación del trámite previsto en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales consagran la medida de suspensión provisional ante el evento de darse las circunstancias previstas en el artículo 152 *ibídem.* REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las siguientes normas: párrafo 2o. del artículo 13 del Decreto 1421 de 1993 por haber incluido 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 mencionado párrafo; y artículo 147 *ibídem.*

SANTAFE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL-Régimen Aplicable/**LEY ESPECIAL**

Por tener el Distrito Capital un régimen especial por expreso mandato del artículo 322 *ibídem*, a través de leyes especiales, se puede regular una normatividad diferente de la prevista en el citado artículo. El precepto contenido en el artículo 313 de la Carta no le es aplicable al Distrito Capital por tener este un régimen especial que es precisamente el contenido en el Decreto 1421 de 1993 acusado. Ello significa que no puede predicarse su violación y por esta razón no procede el decreto de suspensión provisional. REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las siguientes normas: párrafo segundo del artículo 13 del Decreto 1421 de 1993 por haber incluido 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 mencionado párrafo; y artículo 147 *ibídem*.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2651. Acción: Nulidad. Actor: José Cipriano León C.

Corresponde decidir los recursos de reposición interpuestos por el actor y el apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, contra el proveído de 25 de octubre de 1993, en cuanto por él se decretó la suspensión provisional de algunas disposiciones del Decreto 1421 de 1993 y se denegó la medida frente a otras.

I-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL APODERADO DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA

El recurrente aduce los siguientes motivos de discrepancia, los cuales pueden resumirse así:

1-. La suspensión provisional es improcedente dado que el decreto expedido por el Gobierno Nacional tiene carácter de ley y en modo alguno puede ser calificado como acto administrativo.

El acto administrativo es un acto de ejecución, es decir, que se dicta para ejecutar las leyes, subordinado a éstas y limitado en su ámbito por ellas. En cambio las leyes tienen un carácter soberano y autónomo y priman sobre los demás actos jurídicos, según Carré de Malberg.

En nuestro país se entiende por acto administrativo aquella actuación de la administración que contiene una manifestación unilateral de voluntad de órganos públicos o privados en ejercicio de funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

Según el C.C.A., lo determinante para la presencia de un acto administrativo lo constituye el ejercicio de funciones administrativas por entidades públicas o privadas.

Lo anterior conduce inevitablemente a la conclusión de que la declaración contenida en el acto llamado administrativo debe provenir del ejercicio de la función administrativa, lo que indica que en el ejercicio de otras funciones (legislativas o judiciales), así estén atribuidas a órganos que por su naturaleza sean administrativos, los actos adoptados no pueden ser administrativos.

2-. Desde sus orígenes en el Derecho Francés y hasta la fecha, la figura de la suspensión provisional fue instituida exclusivamente frente a los actos administrativos, en consideración a que estos son actos con fuerza ejecutoria y con aquella se busca evitar que, cuando siendo manifiestamente ilegales, se apliquen, produzcan sus efectos y luego de ello sea imposible reparar el daño ocasionado.

Nuestro sistema legal no ha sido ajeno a la suspensión provisional y la ha institucionalizado a máximo grado, consagrándola al nivel de expresa y clara disposición constitucional en el artículo 238, el cual reitera la procedencia de la medida sólo frente a actos administrativos. De igual manera lo hace el artículo 152 del C.C.A.

La suspensión provisional sólo procede contra los actos administrativos y en modo alguno y bajo ninguna circunstancia, contra actos jurídicos que tengan otra naturaleza y menos contra aquellos que formal o materialmente ostenten el carácter de leyes.

3-. No existe mérito para la suspensión provisional decretada por no existir violación manifiesta de norma alguna ya que el régimen del Distrito Capital es diferente al de la generalidad de los municipios y no es cierto ni puede servir de fundamento a una suspensión provisional que los artículos 313 y 315 de la Constitución Política sean aplicables de manera especial y no subsidiaria al Distito Capital por cuanto, como ya se dijo, este tiene un régimen especial.

Desde el punto de vista de la naturaleza, importancia y necesidad normativas, no puede equipararse el Distrito Capital de Santafé de Bogotá con los municipios. Esta fue la razón para que el artículo 322 de la Constitución Política exigiera de manera expresa que lo esencial de su régimen jurídico se dictara a través de leyes especiales, en este caso el Decreto 1421 de 1993 que ahora se discute, por virtud de lo establecido en el artículo transitorio 41.

La Constitución Política ha consagrado la especificidad de la naturaleza jurídica y del régimen normativo del Distrito Capital distinto a los municipios, en los artículos 176, 260, 272, 274, 286, 292, 345 y 356. Pero el punto de diferenciación más importante entre los municipios y el Distrito Capital de Santafé de Bogotá lo constituye el hecho que dentro del título XI de la Carta, referente a la organización territorial, se hubiese incluido en capítulos separados (3o. y 4o.), el régimen municipal en general y el régimen especial para el Distrito Capital, además el texto del artículo 322 que es claro, pues si la intención

del constituyente hubiese sido identificar el régimen normativo aplicable a una y otra entidad territorial no los consagraría, como lo hizo, en capítulos separados, habiendo bastado uno solo con la inclusión de algunas salvedades, y sobrarían el capítulo 4o. y transitorios 41 y 45.

No se dan los supuestos de la suspensión provisional por cuanto al Distrito Capital se le aplican de manera clara y preferencial el régimen especial consagrado en el capítulo 4o. del título XI de la Carta, el Decreto 1421 de 1993 en virtud del artículo transitorio 41 y subsidiariamente las normas para los municipios, de modo que no puede concluirse a simple vista que las disposiciones suspendidas violen flagrantemente los artículos 313 y 315 de la Constitución Política, por ser un aspecto que debe resolverse en la sentencia.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICION FORMULADO POR EL ACTOR

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden sintetizarse así:

1-. Se indicó por confusión como violado el artículo 292 de la Constitución Política por parte de los artículos 19 a 26 del decreto acusado. Sin embargo, en el hecho 8o. de la demanda se citó correctamente el artículo 293.

Los mencionados artículos violan el artículo 293 de la Carta por cuanto esta norma faculta a la ley para reglamentar lo relativo a período de sesiones. En lo demás le compete exclusivamente al Concejo en su reglamento interno.

2-. Respecto de los artículos 54, 56, 58, 111, 118, 135, 161, 176 y 177 acusados, debe decretarse la suspensión provisional por lo siguiente:

Es muy claro el artículo 322 de la Constitución Política al decir que el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital será el que determine la Constitución.

También es muy claro el artículo 313 en su ordinal 6o. ibídem cuando atribuye a los concejos la facultad de determinar la estructura orgánica del municipio y las funciones de sus dependencias, lo mismo que la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo; crear a iniciativa del Alcalde los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Luego, no hay explicación para la argumentación planteada en cuanto a si estaría implícita o no la determinación de la estructura administrativa dentro del régimen especial, pues esta tesis sería válida si el artículo 322 hubiese dicho que el régimen del Distrito Capital será el que determinen las leyes especiales sin haber enunciado el que determine la Constitución.

Es importante aclarar que el párrafo tercero del artículo 322 se está refiriendo exclusivamente a las localidades y juntas administradoras.

Los artículos 322 y 324 vuelven a entrar en el tema de las juntas administradoras locales en cuanto a elecciones y su reparto presupuestal.

La razón para solicitar las suspensiones provisionales fue el no respetar el artículo 313, cuya aplicación es para todo el Distrito que el Concejo debe determinar esta estructura, lo mismo que la autorización de contratación que daba el régimen especial sin tener en cuenta el concejo.

Primero está la Constitución y luego el régimen especial.

Unicamente la Carta habla para las localidades y juntas administradoras no para otros establecimientos en cuanto a supresión o creación, lo cual afecta todo el Distrito Capital.

El artículo 322 tiene en cuenta al Concejo para que a iniciativa del Alcalde pueda determinar parte de la estructura de estas localidades y las juntas administradoras.

Deben tenerse en cuenta estas argumentaciones frente a los artículos 322 a 324 de la Carta que eran el obstáculo para poder permitir la suspensión provisional.

III-. LA DECISION

Para resolver se **considera:**

En relación con el recurso de reposición del apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la Sala advierte lo siguiente:

1-. No existe duda alguna en cuanto a que el decreto expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Constitución Política, tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, desde el punto de vista material.

Sin embargo, teniendo en cuenta tanto la forma de su expedición (decreto), así como el órgano que lo origina (Gobierno Nacional), esto es, desde el punto de vista formal u orgánico - criterio que ha imperado en el Derecho Colombiano con la antigua y nueva Constitución para distribuir competencia para efecto del control jurisdiccional-, se considera como acto administrativo y de ahí la razón para que esta Corporación haya asumido su control de constitucionalidad con base en lo normado en el artículo 237 numeral 2o., como quiera que la competencia para su juzgamiento no le fue atribuida a la Corte Constitucional ni en el artículo 241 de la Carta ni en las disposiciones transitorias de la misma.

Considerado el acto acusado desde el punto formal u orgánico como un acto administrativo, y teniendo en cuenta, como ya se dijo, que su juzgamiento corresponde a esta Corporación por competencia residual que le asignó la Constitución Política, tal juzgamiento supone la aplicación del trámite previsto en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales consagran la medida de suspensión provisional ante el evento de darse las circunstancias previstas en el artículo 152 *ibídem.*

2-. En lo tocante al tercer argumento del recurrente, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

El Decreto enjuiciado se expidió en virtud de la disposición contenida en el artículo transitorio 41 de la Carta Política que facultó al Gobierno Nacional, en caso de que el Congreso no dictara la ley a que se refieren los artículos 322 a 324 *ibídem,* durante los dos años siguientes a la promulgación de aquella, lo que en efecto sucedió.

El artículo 322 prescribe en su parte pertinente:

> "Santafé de Bogotá, capital de la república y del departamento de Cundinamarca, se organiza como distrito capital.
>
> Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...".

Esta Corporación en providencia de 1o. de marzo de 1994, expediente No. 2680, actor: José Antonio Galán Gómez, ponente: Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, expresó frente a la disposición transcrita:

> "...de ello se infiere que las normas contenidas en el Decreto 1421 de 1993 constituyen el régimen especial a que debe someterse y que las disposiciones vigentes para los municipios sólo serán aplicables en el Distrito Capital en la medida en que el legislador ordinario o extraordinario no regulen de manera particular determinadas materias, lo cual no ocurrió, precisamente, en el asunto bajo estudio. De otra parte, la Sala considera que las facultades atribuidas a los concejos municipales por el artículo 313 de la Carta Política no pueden predicarse respecto del Concejo Distrital pues, como atrás se analizó, el régimen del Distrito Capital de Santafé de Bogotá es el especial, contenido en el decreto acusado..." (las negrillas son de la Sala).

Los mismos fundamentos pueden predicarse respecto del artículo 315 de la Carta que consagra las facultades de los Alcaldes Municipales. Es decir, por tener el Distrito Capital un régimen especial por expreso mandato del artículo 322 ibídem, a través de leyes especiales se puede regular una normatividad diferente de la prevista en el citado artículo 315.

Por estas razones habrá de revocarse el proveído recurrido en cuanto al disponer la suspensión provisional de los efectos del párrafo segundo del artículo 13 respecto de la inclusión en él de los ordinales 3o., 8o., 14 y 21 del artículo 12 y de la frase "autorice enajenar sus bienes dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas", contenida en la parte final del referido párrafo y del artículo 147 del Decreto 1421 de 1993, tuvo como marco de referencia el quebranto de los artículos 313 y 315 de la Constitución Política.

En lo que toca con el recurso de reposición del actor, la Sala advierte lo siguiente en relación con el primer argumento:

En la solicitud de suspensión provisional el actor aduce la violación del artículo 292 de la Constitución Política por parte de los artículos 19 a 26 del Decreto 1421 de 1993.

Respecto de este cargo, dijo la Sala en el proveído recurrido:

> "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 con aquellas, lo cual releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno al respecto".

Como fundamento del recurso expresa el actor que por confusión citó como violado el artículo 292 cuando en realidad se refería al 293, norma esta señalada en el hecho 8o. de la demanda.

Como quiera que en el evento *sub lite* en un acápite especial de la demanda, el actor solicitó la suspensión provisional de cada una de las disposiciones que consideró transgredidas y respecto de las cuales indicó el concepto de la violación, para el estudio de tal solicitud la Sala debe circunscribirse al escrito contentivo de la misma sin que pueda hacer remisión a otros capítulos del libelo para efectos de su interpretación, dado que esta es una labor propia de la sentencia que dirima la controversia mas no del análisis que corresponde efectuar en esta etapa inicial del proceso. Por ello no hay lugar a revocar el proveído recurrido.

La segunda y última inconformidad del recurrente guarda relación con los artículos 54, 56, 118, 135, 161, 176 y 177 del Decreto 1421 de 1993.

Frente a dichas disposiciones el actor adujo la violación del artículo 313 de la Constitución Política.

Como se hizo referencia *ab initio*, en la providencia de 1o. de Marzo de 1994 estimó la Sala, y ahora lo reitera, que el precepto contenido en el artículo 313 de la Carta no le es aplicable al Distrito Capital por tener este un régimen especial que es precisamente el contenido en el Decreto 1421 de 1993 acusado. Ello significa que no puede predicarse su violación y por esta razón no procede el decreto de suspensión provisional de las normas anteriormente citadas, debiéndose, en consecuencia, confirmar el auto recurrido en cuanto se abstuvo de acceder a la medida precautelativa impetrada.

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

RESUELVE:

1o): REVOCASE el proveído de 25 de octubre de 1993 en cuanto en su punto 2o. decretó la suspensión provisional de los efectos de las siguientes normas: párrafo segundo del artículo 13 del Decreto 1421 de 1993 por haber incluido 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 mencionado párrafo; y artículo 147 *ibídem.* En su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de las citadas disposiciones.

2o): CONFIRMASE el referido proveído en su punto 3o.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

COMISION ASESORA DEL GOBIERNO

Se dio cumplimiento al precepto contenido en la norma transitoria, como quiera que previamente a la expedición del Decreto acusado el Gobierno Nacional puso en conocimiento de la Comisión Asesora el proyecto del mismo. Ya en lo que toca con la forma como la aludida Comisión hubiera conceptuado, esto es, favorable o desfavorablemente; si hubo o no unanimidad o consenso para emitir el concepto; o si para hacerlo hubiera o no debiera realizar aquélla una serie de gestiones o trabajos de campo, como a los que se refiere la actora, resulta irrelevante para la Sala, pues el artículo transitorio 20 no fijó condiciones ni requisitos a los cuales debía sujetarse la mencionada comisión.

FIS-Creación.

Teniendo en cuenta que fusionar significa "unir", "mezclar", "fundir en uno solo", lógico es concluir que de la mezcla o unión de dos entidades, el producto resultante necesariamente debe ser diferente de las que existían como independientes antes de la transformación. Luego, si el artículo transitorio 20 facultó al Gobierno Nacional para que, entre otras atribuciones, fusionara las entidades que allí mencionan, dicha atribución llevaba ínsita la de crear un nuevo ente resultante de la fusión, pues de no considerase así se estaría en presencia bien de una reestructuración o de una supresión, mas nunca de aquélla.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES–Temporalidad.

Esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha precisado que el señalamiento del plazo par 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 en virtud de la reestructuración, fusión o supresión, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20, pues la tarea de adecuar tal estructura y la planta de personal es de carácter administrativo de aquéllos entes tienen en forma permanente (art. 26 literal b. del Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de 1978), para lo cual no requieren la fijación de término alguno para su ejercicio.

FIS/PLANTA DE PERSONAL/GOBIERNO NACIONAL-Facultades/ **SUPRESION DE EMPLEOS/PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL/ DERECHOS ADQUIRIDOS**-Inexistencia.

Cuando el constituyente facultó el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos o empleos que no se requieren para las necesidades del servicio, ello en virtud de la aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular, el cual impide hablar de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, y sin perjuicio obviamente de la titular de dicho cargo o empleo que como consecuencia de la decisión adoptada hubiera sido privada del mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 2369 y 2512. Acción: Nulidad. Actores: José Antonio Galán Gómez y María Irene Mejía Eslava.

Se procede a dictar sentencia en los procesos acumulados Nos.: 2369, actor: JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ y 2512, actora: MARIA IRENE MEJIA ESLAVA.

Dicha acumulación fue ordenada en el proceso No. 2512 mediante auto de 10 de febrero de 1994, cuando los procesos se encontraban en estado de dictar sentencia.

I-. PROCESO No. 2369

JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ, en su condición de ciudadano y abogado, y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que mediante la sentencia se decrete la nulidad del Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructuran y fusionan dependencias de la Administración Nacional", expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I.1-. CAUSA *PETENDI*

En apoyo de su pretensión el actor aduce la violación de los artículos 150, 188, 189, 200 y transitorio 20 de la Constitución Política.

Fundamenta el concepto de la violación, en síntesis, así:

PRIMER CARGO:

La totalidad del Decreto 2132 de 1992 se halla viciado de nulidad por carecer del requisito señalado en el artículo transitorio 20 relativo a la conformación-funcionamiento de la Comisión creada por dicha norma, ya que previamente a la expedición del Decreto la mencionada Comisión no profirió evaluación ni recomendación alguna.

SEGUNDO CARGO:

Los artículos 1o. a 9o., 23 a 25, 27, 28, 52 y 53 del citado decreto son violatorios del artículo transitorio 20 por cuanto éste no facultó al Gobierno Nacional para crear nuevos entes jurídicos, sino para reestructurar, fusionar o suprimir los ya existentes. De tal manera que en la creación del Fondo de Confinanciación para la Inversión Social –FIS–, como establecimiento público del orden nacional adscrito al Departamento Nacional de Planeación, el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de las atribuciones conferidas por aquél, usurpando funciones del Congreso de la República.

TERCER CARGO:

Los artículos 31 a 37, 39 y 49 a 51 *ibídem* vulneran el artículo transitorio 20 por cuanto exceden el término de 18 meses previsto para reestructurar, además que el Gobierno Nacional no podía delegar en las Juntas Directivas u otro ente la facultad reestructuradora allí indicada.

CUARTO CARGO:

Los artículos 29 a 45 y a 51 del referido Decreto se hallan viciados de nulidad por inconstitucionalidad, ilegalidad y extralimitación de funciones, pues ni el artículo

transitorio 20 ni las normas constitucionales que asignan competencias ordinarias al Presidente de la República, Gobierno Nacional y Congreso de la República, atribuyen al Gobierno Nacional la facultad de reglamentar o modificar el régimen laboral administrativo de los empleados públicos en cuanto a retiro, indemnizaciones, plantas de personal, etc.

QUINTO CARGO:

Los artículos 29 a 45 del citado Decreto, además de vulnerar las disposiciones constitucionales anteriores, quebrantan el artículo 8o. de la Ley 27 de 1992, reglamentario del artículo 125 de la Constitución Política, pues tales disposiciones no confirieron al Gobierno la facultad de crear y reglamentar indemnizaciones y bonificaciones a los funcionarios de carrera administrativa, escalafonados, en período de prueba y nombrados provisionalmente; lo hizo sí la Ley 27 de 1992 pero el Gobierno no hizo uso de tal facultad.

I.2 -. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

I..2.1 -. LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

I.2.1.1. La Nación –Departamento Nacional de Planeación–, por medio de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, aduciendo al efecto principalmente lo siguiente:

1-. La Comisión de que trata el artículo transitorio 20 sí fue conformada; actuó dentro del campo de sus competencias; realizó las observaciones que estimó procedentes y salvo algunos casos excepcionales el Gobierno atendió sus recomendaciones, por lo cual se ciñó a los preceptos de aquél y por este aspecto el Decreto acusado está ajustado a la Constitución.

2-. El FIS es el fruto de la fusión plena de dos organismos públicos, en la cual las entidades fusionadas pasan a conformar un nuevo ente, sucesor jurídico y patrimonial de los entes fusionados.

3-. La fusión de determinar los aspectos administrativos internos de las entidades públicas es competencia legislativa, de modo que el Gobierno en el aspecto relativo a adecuar su planta de personal a la nueva estructura adoptada por el Decreto 2132 de 1992 no obró en desarrollo de las facultades del artículo transitorio 20 sino en ejercicio de sus propias atribuciones, las cuales no están sujetas a las limitaciones de plazo previstas en la norma transitoria.

4-. La norma transitoria tantas veces citada tenía precisa finalidad de adecuar la estructura de la Administración a los nuevos mandatos de la Carta y por lo tanto hacía necesaria la supresión o reducción de algunos órganos oficiales, con el consecuente recorte de la planta oficial.

Era pues obligatorio para el Gobierno ocuparse de establecer cómo se produciría la desvinculación de los funcionarios y no podía simplemente prescindir de ellos sin tomar en consecuencia su situación laboral presente, pasada y futura.

No es cierto que el Gobierno se haya atribuido la función de establecer el "régimen laboral administrativo", ya que sólo se ocupó de la supresión de empleos y sus consecuencias. Y si bien es cierto que en estos aspectos se pueden contradecir normas legales anteriores, no debe olvidarse que los decretos expedidos en virtud de las facultades conferidas en el artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza de la ley.

I.2.1.2-. La Nación –Ministerio de Agricultura–, a través de apoderada, al contestar la demanda expresó, en esencia, lo siguiente:

1-. Del contenido de los artículos 150 numeral 7o. y 189 numerales 14 y 16 de la Constitución Política se infiere que la facultad que le dio el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional para que fuera ejercitada dentro del término de 18 meses, contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, tiene carácter legislativo y difiere de la naturaleza administrativa consagrada en los artículos 26 literal b. del Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978, que en forma permanente le fue atribuida a las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, para lo cual no requieren de término alguno para su ejercicio.

No puede mezclarse la función de reestructuración y ordenamiento de la Administración emanadas del artículo transitorio 20, con las funciones propias del Ejecutivo de determinar la estructura interna de los organismos de aquélla.

2-. No puede entenderse la misión que tiene el Estado de proteger el trabajo y los trabajadores, como una prohibición rotunda de despedir empleados.

La invocación del derecho al trabajo no puede hacerse en desmedro de los intereses generales. En el campo de la función administrativa, dentro de una organización racional y eficaz, no puede considerarse que deba absorberse la mano de obra que no se necesite o que sea improductiva o disfuncional.

De otra parte, la regulación de la carrera administrativa no contiene de un derecho incondicional del empleado a permanecer en el cargo, máxime cuando el artículo 125 de la Constitución Política autoriza a la ley para establecer causales de retiro, una de las cuales es la supresión del empleo.

3-. El Decreto acusado no contiene ningún artículo que impida la libre elección del trabajo por parte de los trabajadores en general y menos aún que derogue la premisa según la cual "a igual trabajo igual salario", ni prohíbe que la remuneración laboral sea equitativa.

4-. Las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno.

II-. PROCESO No. 2512

MARIA IRENE MEJIA ESLAVA, en su condición de ciudadana y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda contra esta Corporación para que mediante sentencia se decrete la nulidad del Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructuran y fusionan dependencias de la Administración Nacional", expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

II.1-. CAUSA *PETENDI*

En apoyo de su pretensión la actora esgrime los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO:

La totalidad del Decreto 2132 de 1992 vulnera el artículo transitorio 20, por las siguientes razones:

a): La Comisión prevista en dicho artículo no realizó la evaluación técnica y legal a los entes jurídicos que se fusionan con la expedición del Decreto acusado, y, como consecuencia de ello, no produjo las recomendaciones y evaluaciones respecto del Fondo del Ministerio de Educación Nacional y de los demás Fondos que regula aquél, pre-requisito éste que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta.

El estudio evaluativo de los entes descentralizados de la Rama Ejecutiva no podía hacerse a control remoto desde un escritorio sino que era indispensable que la Comisión realizara un trabajo de campo, es decir, haber observado en la realidad los entes descentralizados; haber analizado sus objetivos, su estructura administrativa vigente, sus resultados, su costo, beneficios, proyecciones, etc. , y con base en ello producir la evaluación.

b): El Gobierno Nacional no acató el mandato constitucional del artículo transitorio 20 de poner en consonancia al Fondo Nacional Hospitalario y al Fondo del Ministerio de Educación Nacional con la Constitución, sino que los puso en disonancia o discrepancia con los artículos 1o., 70, 71, 209 y 210 de la Carta. No podía el Gobierno

fundarse en la conveniencia o la búsqueda de eficacia, sino estrictamente en la necesidad de poner en consonancia la Administración con la Constitución Política.

Un análisis del Decreto 2132 de 1992 permite concluir que tampoco se justifica por el lado de la conveniencia y de la eficacia, pues las cartas de los usuarios que se adjuntan a la demanda y la valorización dada por éstos al Fondo Nacional Hospitalario demuestran que éste, desde su creación, ha venido ejerciendo un control de gran importancia y trascendencia para todo el país en lo tocante a repuestos, precios, calidades y contratación del mantenimiento de equipos médico-hospitalarios. de alta tecnología, siendo la única entidad social que durante 20 años ha adquirido esta experiencia.

c): Los artículos 1o.. a 9o., 23 a 25, 28, 52 y 53 del Decreto 2132 de 1992 violan el artículo transitorio 20, porque éste no facultó al Gobierno Nacional para crear nuevos entes, como lo hizo con el ente jurídico denominado Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social –FIS–, ya que la creación de entidades corresponde al Congreso.

d): Los artículos 6o., 9o., 31, 39 y 49 a 51 del referido Decreto transgreden la norma transitoria, pues ésta fijó un término perentorio temporal de 10 meses y en aquéllos se pretende prorrogar dicho término, invadiendo la competencia del Congreso de la República, además que tal norma transitoria no facultó al Gobierno para delegar las atribuciones conferidas.

SEGUNDO CARGO:

Los artículos 1o. a 4o. y 9o. del Decreto 2132 de 1992 vulneran los artículos 1o., 209 y 210 de la Constitución Política por las siguientes razones:

a): Si se confronta el artículo 1o. de la Constitución con los artículos 1o. a 4o. del citado Decreto se concluye que opera una centralización. pues un solo ente jurídico, el FIS, manejará millonarios recursos.

La descentralización técnica por servicios atribuída al Fondo Nacional Hospitalario en el Decreto Ley 1400 de 1990 se centraliza el Ministerio de Salud, lo cual constituye un retroceso de 25 años.

Al suprimirse el Fondo Nacional Hospitalario se suprimen las funciones del artículo 2o. numerales 2o. al 4o. del Decreto Ley 1400 de 1990, que son de gran interés social, que no se trasladan a otro ente ni las asume el Ministerio de Salud, lo cual va en contra del principio del Estado Social.

b): Los artículos citados se apartan del artículo 209 de la Carta, pues con la creación del FIS las entidades territoriales tendrán que presentar sus proyectos de inversión

en salud al Ministerio de Salud para su aprobación y luego tramitarlas ante aquél para su financiación, con lo cual no va a existir celeridad, economía ni eficacia.

TERCER CARGO:

Los artículos 1o. a 3o., 6o y 9o. del referido Decreto violan el artículo transitorio 20 al apartarse de los artículos 70 y 71 de la Carta, por las siguientes razones:

a): Se suprimen las funciones de investigación, ciencia y desarrollo en equipamiento y planta física hospitalaria, funciones estas de gran valor para el sector salud y el país. Al suprimirse la función de ejercer el control de calidad sobre el mantenimiento de equipos se puede ver afectado el derecho a la vida de los pacientes.

b): El decreto acusado se distancia del mandato contenido en el artículo 71 de la Carta al suprimir la investigación y desarrollo tecnológico que tenía el Fondo Nacional Hospitalario, lo cual produce un desestímulo para los ingenieros, técnicos y tecnológicos.

La tecnología de equipo médico hospitalario implica un alto conocimiento científico y técnico y es fundamental para la eficacia en la prestación de los servicios de salud.

CUARTO CARGO:

Los artículos 37 a 45 del decreto acusado violan el artículo 150 numeral 19 literal e. de la Carta al fijar el régimen salarial y prestaciones de los servidores públicos.

Por su parte, el artículo 9o. numeral 5o. *ibídem* legisla sobre contratos de la administración, lo cual es competencia del Congreso.

QUINTO CARGO:

Los artículos 29 a 32 y 34 a 45 violan el artículo 188 de la Constitución Política al desconocer derechos de los trabajadores de las entidades fusionadas, además que ni el artículo transitorio 20 ni los artículos 189 y 150 de la Constitución Política facultan al Gobierno para modificar el régimen laboral en aspectos tales como forma de retiro e indemnizaciones.

SEXTO CARGO:

Los artículos 31 a 45 del Decreto cuestionado violan los numerales 10o. y 14 a 16 del artículo 189 de la Constitución Política por cuanto no respetan las leyes de carrera administrativa de los empleados públicos ni las que fijan su régimen laboral.

SEPTIMO CARGO:

Los artículos 31 a 45 del citado decreto fijan una regulación contraria al artículo 125 de la Carta para el retiro de los empleados escalafonados en carrera adminis-

trativa; causales de retiro del servicio e indemnización, aspectos estos que corresponde fijarlos al Congreso.

OCTAVO CARGO:

Los artículos 1o. a 9o. del Decreto 2132 de 1992 violan la Ley 29 de 1990 en sus artículos 1o. , y 4o. a 6o., por cuanto se suprime la función de promover y orientar el adelanto científico y tecnológico.

II.2-. 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 la lista, probatoria y alegaciones.

II.2.1-. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Nación –Departamento Nacional de Planeación–, a través de apoderado, al contestar la demanda expresó, en síntesis, lo siguiente:

1-. La censura referente a las evaluaciones de la Comisión Asesora carece de todo fundamento jurídico ya que la norma transitoria no hace las exigencias que plantea la actora, además que a esta clase de organismos no les es posible materialmente hacer los estudios técnicos y jurídicos que reclama aquélla.

2-. En la fusión, las entidades fusionadas pasan a conformar un nuevo ente, sucesor jurídico y patrimonial de los entes fusionados y por ello el FIS no fue en estricto sentido una creación sino el fruto de una fusión.

Las consideraciones sobre la violación de los artículos 1o. , 209 y 210 de la Carta Política son simplemente especulativas y contradictorias cuando insiste la demandante en el manejo de millonarios recursos por parte del FIS. Este aserto demuestra que la actora no comprendió ni las directrices de la Carta ni la idea de la especialidad de la función que defiende, pues precisamente el criterio de la Carta es evitar que el sector central sea el único director y ejecutor del desarrollo, dejando que sean las entidades territoriales más próximas a la colectividad las que evalúen y decidan sobre las necesidades y el modo de satisfacerlas y el Gobierno Nacional da su aporte financiero para que esos proyectos se conviertan en una realidad.

3-. El cargo por la violación de los artículos 70 y 71 de la Constitución Política y la Ley 29 de 1990 es errado, pues el Estado cuenta con organismos especializados y mecanismos apropiados para el desarrollo de la investigación, la ciencia y la cultura, los cuales no ha eliminado ni con el FIS ni con la reestructuración de otras entidades.

En cuanto a la Ley 29 de 1990 por tener el mismo alcance que el Decreto acusado no es posible su violación.

4-. En cuanto a la violación de los artículos 150, 188, 189 y 125 de la Constitución Política, cabe observar que la demandante olvidó que los decretos expedidos con fundamento en las facultades conferidas al Gobierno en el artículo transitorio 20 tienen, como lo ha retirado el Consejo de Estado, la misma fuerza o entidad normativa que la ley.

No se trataba entonces de detentar indebidamente atribuciones de otra Rama del Poder Público, sino de ejercer las especiales facultades legislativas que directamente le atribuyó la norma constitucional transitoria.

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 se nieguen las súplicas de las demandas a que se contraen los procesos acumulados, con base en los siguientes argumentos:

a): La función excepcional transitoria dadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 es de naturaleza legislativa.

b): Emitido el estatuto legal de la reestructuración de la entidad dentro del término de 18 meses, nada impedía al Gobierno fijar un límite para que, en desarrollo de la reestructuración, se diera cumplimiento a la función que de manera permanente es propia de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.

c): Bien podía el Gobierno Nacional dentro del término y en ejercicio de las funciones precisas, derogar, subrogar o modificar las normas existentes relativas a la estructura de las entidades que menciona el artículo transitorio 20.

d): Las recomendaciones de la Comisión de Expertos no son de carácter obligatorio para el Gobierno.

e): Es ajena a la función de reestructurar, fusionar o suprimir entidades del orden nacional, la de suprimir, fusionar o crear empleos.

f): Consecuencia lógica de la supresión de cargos es la desvinculación de las personas que venían desempeñándolos, sin que ello implique el desconocimiento del derecho al trabajo.

g): La modernización del Estado prevista en interés general y de acuerdo con los principios constitucionales tiene un costo social. De ahí que se prevean indemnizaciones para los trabajadores que se vean privados en aras de la reestructuración de las entidades y la consecuente supresión de empleos.

h): La acción de fusionar trae consigo el nacimiento de un nuevo ente a la vida institucional. La adecuación de las entidades públicas a los mandatos de la Reforma Constitucional implicaba la supresión de las entidades innecesarias y la fusión para evitar duplicidad de funciones en la presentación de los servicios públicos.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, debe la Sala hacer un pronunciamiento de los cargos que son comunes en los procesos acumulados.

1o): En lo que concierne a la valorización del artículo transitorio 20, concretamente en el aspecto relacionado con las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora prevista en la norma transitoria (primer cargo del proceso No. 2369 y primer cargo literal a. del proceso No. 2512), cabe advertir lo siguiente:

a): Según consta en el acta No. 11 de 16 de diciembre de 1992, obrante a folios 1 y 6 a 8 del cuaderno de anexos No. 1 del expediente 2512, el proyecto sobre función del Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación Nacional, fue puesto a consideración de la Comisión Asesora creada en virtud del artículo transitorio 20 de la Carta.

b): Conforme obra a folios 51 y 52 *ibídem,* los Consejeros de Estado que formaron parte de dicha Comisión, emitieron sus evaluaciones y recomendaciones respecto del proyecto de fusión de tales organismos.

Lo procedente pone en evidencia **que se dio cumplimiento al precepto contenido en la norma transitoria, como quiera que previamente a la expedición del Decreto acusado el Gobierno Nacional puso en conocimiento de la Comisión Asesora el proyecto del mismo.**

Ya en lo que toca con la forma como la aludida Comisión hubiera conceptuado, esto es, favorable o desfavorablemente; si hubo o no unanimidad o consenso para emitir el concepto; o si para hacerlo hubiera o no debido realizar aquélla una serie de gestiones o trabajos de campo, como a los que se refiere la actora en el proceso 2512, **resulta irrelevante para la Sala, pues el artículo transitorio 20 no fijó condiciones ni requisitos a los cuales debía sujetarse la mencionada Comisión.**

Por estas razones no están llamados a prosperar los cargos en estudio.

2o): Coinciden los demandantes en afirmar que los artículos 1o. a 9o., 23 a 25, 27, 28, 52 y 53 del Decreto 2132 de 1992 vulneran el artículo transitorio 20 por cuanto éste no facultó al Gobierno Nacional para crear un nuevo ente como el FIS, siendo esta función del resorte del Congreso (Segundo cargo del proceso No. 2369 y primer cargo literal c. del proceso No. 2512).

A este respecto estima la Sala que no les asiste razón a los actores, y, en consecuencia no tienen vocación de prosperidad los cargos, pues **teniendo en cuenta que fusionar significa "unir", "mezclar", "fundir en uno solo", lógico es concluir que de la mezcla o unión de dos entidades, el producto resultante necesariamente debe ser diferente de las que existían como independientes antes de la transformación.**

Luego, si el artículo transitorio 20 facultó al Gobierno Nacional para que, entre otras atribuciones, fusionara las entidades que allí se mencionan, dicha atribución llevaba ínsita la de crear un nuevo ente resultante de la fusión, pues de no considerarse así se estaría en presencia bien de una reestructuración o de una supresión, mas nunca de aquella.

3o): En cuanto tiene que ver con los cargos (tercero del proceso No. 2369 y primero literal d. del proceso No. 2512) que se formulan a los artículos 31 a 37, 39 y 49 a 51 del decreto acusado de ser violatorios del artículo transitorio 20 por exceder el término de 18 meses previsto en éste, estima la Sala que tampoco están llamados a prosperar. En efecto, esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha precisado que 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 en virtud de la reestructuración, fusión o supresión, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20, pues la tarea de adecuar tal estructura y planta de personal es de carácter administrativo que aquellos entes tienen en forma **permanente** (artículos 26 literal b. del Decreto 1050 de1968 y 74 del Decreto-Ley 1042 de 1978), para lo cual no requieren de la fijación de término alguno para su éjercicio.

4o): En lo relativo a los cargos (cuarto del proceso No. 2369 y cuarto a séptimo del proceso No. 2512) que se endilgan a las disposiciones laborales transitorias previstas en los artículos 29 a 45 y 49 a 51 del Decreto 2132 de 1992, se advierte lo siguiente:

Reiteradamente ha expresado la Sala que **cuando el Constituyente facultó en el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos o empleos que no se requirieran para las necesidades del servicio, ello en virtud de la aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular, el cual impide hablar de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo**

en razón de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, y sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar el daño que se le pueda irrogar al titular de dicho cargo o empleo que como consecuencia de la decisión adoptada hubiera sido privado del mismo.

Siendo las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20, de carácter legislativo, por las materias que regulan, que son las mismas que la Carta atribuyó al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o., los decretos expedidos por aquél en uso de tales facultades, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por lo cual bien podía el Gobierno, en armonía con el precepto contenido en el artículo 125 *ibídem*, consagrar como causal de retiro la supresión del cargo o empleo, resultante de las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir.

Por estas consideraciones habrán de desestimarse los cargos en estudio.

Respecto de los cargos de violación no comunes que se hacen al Decreto acusado, observa la Sala lo siguiente:

1o): El quinto cargo de violación del artículo 8o. de la Ley 27 de 1992, que se endilga en el proceso No. 2369, no está llamado a prosperar toda vez que teniendo los decretos expedidos con fundamento en el artículo transitorio 20, como ya se dijo, la misma fuerza o entidad normativa que la ley, no puede predicarse violación o quebranto entre normas de igual jerarquía, y ello impide a la Sala hacer la confrontación que reclama el actor.

Igual predicamento cabe hacer frente a la censura de violación de la Ley 29 de 1990 que aduce la actora en la demanda No. 2512 en el cargo octavo.

2o): Para el análisis de los cargos primero literal b., segundo y tercero que se formulan en el proceso No. 2512, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

Prescribe el artículo 2o. del Decreto 2132 de 1992:

> "**Objeto.-** El Fondo de Confinanciación 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 vulnerables 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 administrativa y patrimonialmente para la prestación de servicios de educación y salud".

Estatuye el artículo 3o. numeral 2o. *ibídem*:

"**Funciones.-** El Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social –FIS– ejercerá las siguientes funciones: .....

.....

..... 2. Celebrar contratos de cooperación científica y técnica con entidades nacionales o extranjeras, para la mejor realización de su objeto".

Prevé el artículo 23 numeral 1o. *ibídem*:

"**Funciones relativas al manejo de los recursos del sistema de cofinanciación.-** Las Juntas Directivas de los Fondos de Cofinanciación para la Inversión Rural y el Comité de Administración del Fondo de Cofinanciación para la Infraestructura Vial Urbana, tendrán las siguientes funciones para los fines del manejo de los recursos del sistema de cofinanciación... ...

1. Adoptar, en coordinación con los ministerios respectivos, la política de apoyo y asesoría a las entidades territoriales en las actividades de la formulación, preparación, evaluación y tramitación de los programas y proyectos".

El artículo 24 *ibídem*, es el del siguiente tenor:

"**Principios de la Cofinanciación.-** Con el propósito de contribuir al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, que constituyen finalidades sociales del Estado conforme al artículo 366 de la Constitución Política, el Sistema Nacional de Cofinanciación que conforman el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social –FIS–, el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural –DRI– y el Fondo de Cofinanciación para la Infraestructura Vial y Urbana de que trata este decreto, se regirá por los siguientes principios: 1. A través de los Fondos de Cofinanciación deberán ejecutarse todos los recursos apropiados en el presupuesto general de la Nación para apoyar la ejecución de programas y proyectos definidos y aprobados en desarrollo de las competencias de las entidades territoriales...".

"... 5. Todas las entidades territoriales podrán presentar programas y proyectos para que sean objeto de cofinanciación. Para estos efectos, los orga-

nismos y dependencias nacionales competentes prestarán la debida asesoría a las entidades territoriales de menor desarrollo técnico y administrativo, o a todas las entidades territoriales si las condiciones de participación suponen elevadas exigencias técnicas...".

Las disposiciones precedentes ponen de relieve que el decreto acusado no está en disonancia, como lo afirma la demandante, con los mandatos de la Reforma Constitucional, sino que, por el contrario a través de él se ha buscado dar cumplimiento a los fines previstos en aquélla.

Así, propender por el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, que es uno de los fines esenciales del Estado que preconiza la Carta, se ha reiterado expresamente en el decreto acusado consagrado para el efecto una serie de principios tendientes a su realización; la descentralización y autonomía de las entidades territoriales, como principio fundamental que regula aquélla en su artículo 1o. y que se concreta con la redistribución de competencias, uno de sus principales objetivos, se ve ampliamente acatado en las normas que han quedado transcritas; la investigación que echa de menos la actora, no ha desaparecido de las funciones del FIS, pues para ella se ha previsto la celebración de contratos de cooperación científica y técnica; además, la cofinanciación de programas y proyectos en materia de salud, educación, cultura, recreación, deportes y atención de los grupos vulnerables de la población, que forman parte del objeto del FIS y son de gran interés social, no excluyen las funciones de investigación, ciencia y desarrollo en materia hospitalaria a que se refiere la actora en su censura.

De otra parte, la celeridad y la eficiencia no pueden ser sinónimo de sustraerse a la existencia de procedimientos y trámites en las actuaciones administrativas. El hecho de preverse que las entidades territoriales presenten sus proyectos de inversión en salud al Ministerio de Salud para su aprobación y luego se requiera una tramitación ante el FIS para su financiación, lejos de violar el artículo 209 de la Carta busca garantizarlo, a través de un adecuado control de los recursos económicos cuyo manejo está a cargo de esta última entidad.

3o): Finalmente, en lo tocante al cuarto cargo que endilga la actora en el proceso No. 2512 frente al artículo 9o. numeral 5o. del Decreto 2132 de 1992, estima la Sala que tampoco tiene vocación de propiedad ya que la regulación que en él se hace, esto es, que los Ministerios de Salud y de Educación Nacional continuarán desarrollando todas las actividades indispensables para el cumplimento de los contratos celebrados por los fondos fusionados y sustituyen a éstos en sus derechos y obligaciones contractuales, no implica legislar sobre contratos de la administración sino adoptar una medida lógica, que es consecuente con la fusión efectuada, sobre la base de la existencia previa de dichos contratos, lo cual en nada incide sobre el régimen que gobierna éstos.

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 las demandas en los procesos acumulados nos. 2369 y 2512.

DEVUELVANSE a los actores las sumas de dinero depositadas para gastos ordinarios del proceso que no fueron utilizadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 10 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SENTENCIA-Ejecución/SENTENCIA-Cumplimiento/CONDENA EN CONCRETO/MINISTERIO PUBLICO-Funciones/PAZ Y SALVO

El término de treinta días que se señala en el parágrafo de la disposición bajo análisis tiene un carácter supletivo en el evento de que las autoridades a quienes corresponde la ejecución de las sentencias incumplan con la obligación consagrada en el artículo 176 del C.C.A y con los trámites previstos en la primera parte del artículo del decreto acusado. La finalidad perseguida por el acto acusado no es otra que la de complementar la función asignada al Ministerio Público por el inciso segundo del artículo 177 del C.C.A. de "...dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o a los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto", sin que ello pueda constituir una transgresión de dicha norma. En virtud de las limitadas y genéricas regulaciones contenidas en los artículos 176 y 177 del C.C.A no puede inferirse válidamente que ellas constituyan en forma exclusiva la reglamentación general del conjunto de requisitos que las autoridades deban cumplir o puedan exigir de los particulares para proceder a la ejecución de una sentencia, ni mucho menos que tales mandatos reglamenten de manera general los requisitos para hacer efectivo el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de sentencias condenatorias a cargo de la Nación, pues, debe entenderse que dicha reglamentación general mencionada en la Constitución está conformada tanto por las normas legales como por las reglamentarias que se

expidan sobre el particular, una de las cuales es precisamente el decreto acusado. Una recta interpretación de la norma acusada permite entender que el paz y salvo en ella consagrado sólo puede exigirse por parte de la Administración al momento en que el beneficiario o su apoderado reciba el pago total de la condena, de tal manera que si la cancelación de la misma no lo fuere de esa forma, tan sólo podrá exigirse, como lo sostiene el solicitante de la medida "... un recibo por lo pagado...".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2428 Actor: Jorge Valencia Arango.

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 y abogado Jorge Valencia Arango en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A , con la finalidad de que se declare la nulidad del Decreto 0768 de 23 de abril de 1993, "por el cual se reglamentan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 16 de la Ley 38 de 1989", expedido por el señor Presidente de la República con la firma del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

I. ANTECEDENTES

a.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de vinculación

El actor considera en su demanda que el acto acusado incurre en violación de los artículos 84 y 189 numerales 11 y 20 de la Constitución Política; 2o. literal f) del Decreto-Ley 2112 de 1992; 173 y 176 del Código Contencioso Administrativo y 70 del Código de Procedimiento Civil, por las razones que se resumen, en lo posible, a continuación bajo la forma de cargos (fls. 9 a 13):

Primer cargo.- El artículo 1o. del Decreto acusado incurre en violación del artículo 173 del C.C.A. en concordancia con los artículos 176 *ibídem*, 2o. literal f) del Decreto 2112 de 1992 y 16 de la Ley 38 de 1989, por las siguientes razones:

a) Mientras que en el citado acto se dispone que la sentencia condenatoria se comunique a la entidad condenada, las referidas normas superiores prevén que "... la comunicación debe hacerse INMEDIATAMENTE a la autoridad encargada de su

cumplimiento que tratándose de pagos (sic) a la Nación, es el Ministro de Hacienda y Crédito Público" (mayúsculas del actor).

b) En tanto que de conformidad con el artículo 176 del C.C.A. el Ministerio de Hacienda y Crédito Público "... tiene 30 días para dictar la Resolución de Cumplimiento... (...) ... el Decreto acusado, le da 30 días a la entidad condenada para que se la comunique...".

c) "El mismo artículo decretal, impone la obligación a la entidad condenada de disponer en la Resolución de Cumplimiento, el envío de copia de la sentencia a la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Hacienda, adicionada con una información allí señalada, con lo que se contravienen los artículos 173 y 176 del C.C.A. al ampliar, con tramitología extra y envío de una Oficina a otra, el término de 30 días para dictar la Resolución de cumplimiento y se agravia, en forma evidente, el artículo 84 de la Constitución Política al establecer nuevos trámites y requisitos, cuando ya se ha regulado el cumplimiento de las sentencias en los arts. 173 y 176 del C.C.A., de **modo general**" (resaltado por el actor).

d) Al disponer el parágrafo único del artículo 1o. ... que en caso de que el organismo condenado no envíe la sentencia a Minhacienda DENTRO DE LOS TREINTA DIAS a que se refiere su primer inciso, la requerirá para que la envíe DENTRO DE LOS TREINTA DIAS SIGUIENTES AL REQUERIMIENTO, ya dobla, cuando menos, el término de 30 días que el art. 176 del C.C.A. le da a la autoridad encargada del cumplimiento de la sentencia (Minhacienda en caso de condenas dinerarias), violándolo flagrantemene" (mayúsculas y paréntesis del actor).

e) "Ni el texto ni el espíritu, ni en forma implícita se encuentra en los artículos 173 y 176 del C.C.A., las regulaciones del art. 1o. del Decreto acusado".

Segundo cargo.- El artículo 2o. del decreto acusado incurre en la violación del artículo 177 del C.C.A., pues mientras que esta disposición prevé que se envíe al Ministerio Público copia de la sentencia con el exclusivo fin de que quienes ejercen tal función "... vigilen el cumplimiento presupuestal o las adiciones a los mismos en forma que siempre haya fondos para cumplir la sentencia y para vigilar las faltas disciplinarias de los funcionarios responsables del presupuesto público", el citado artículo 2o. impone al Ministerio Público la obligación de remitir la copia de la sentencia que recibe y que debe conservar para los fines indicados.

Tercer cargo.- Las exigencias contenidas en el inciso primero y en el literal b) del artículo 3o. del decreto acusado, consistentes en que la solicitud de pago de una obligación dineraria establecida en una sentencia condenatoria a cargo de la Nación se haga por el beneficiario "o por su apoderado especialmente constituido para el efecto", con afirmación bajo juramento de que no se ha presentado ninguna otra solicitud de

pago por el mismo concepto, y que los poderes deben "... estar expresamente dirigidos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la Subsecretaría Jurídica del mismo...", implican la "... violación del art. 84 de la Constitución Política en cuanto señala nuevos requisitos no incluidos ni expresa ni implícitamente en los arts. 173, 176 y 177 del C.C.A., pues exige poder especialmente dirigido al Ministerio, desconociendo el valor y la eficacia del poder dado para la iniciación y adelantamiento del respectivo juicio al cual le pone fin la sentencia que lo habilita para el cobro administrativo o jurisdiccional".

Además de la señalada ilegalidad el artículo 3o. "... ES INMORAL, pues abre la puerta para que el beneficiario directamente o a través de otro abogado, burle los honorarios del profesional que arendió durante 4 o más años el proceso en el que obtuvo la sentencia condenatoria" (mayúsculas del actor).

Cuarto cargo.-La exigencia consagrada en el inciso final del artículo 4o. acusado, consistente en que "Al momento de recibir el pago total, el beneficiario o su apoderado deberá otorgar el paz y salvo correspondiente a la Nación", es un nuevo requisito no señalado en los artículos 176 y 177 del C.C.A. "... que regulan **de modo general** el cumplimiento de las sentencias contra la Nación ...", por lo cual se viola flagrantemente el artículo 84 de la Constitución Política.

Además, "una cosa es firmar carta de pago por lo que efectivamente se recibe, que nunca es el total, pues el Ministerio no liquida los intereses como lo certifica la Superintendencia Bancaria y obligatorios como lo señala el art. 177 del C.C.A., sino que no imputa el pago, primeramente a intereses como lo ordena el art. 1653 del C.C. y otra muy distinta es firmar un paz y salvo".

b.- **Las razones de la defensa**

En su alegato de conclusión y luego de transcribir un documento allegado al proceso a título de antecedentes administrativos del acto acusado (fls. 37 a 39), la parte demandada expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 52 a 67):

En cuanto al primer cargo. Como lo expresó la Sección Primera del Consejo de Estado al resolver sobre la solicitud de suspención provisional del artículo 1o. del decreto acusado, conforme a los artículos 173 y 176 del C.C.A. es a la entidad condenada a la que corresponde ejecutar las sentencias y, para tal efecto, adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, y no al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien solo tiene a su cargo el deber de pagar las obligaciones económicas impuestas en ellas –atender el pago de las obligaciones a cargo del Estado (art. 2o. literal i. del Decreto 2112 de 1992)– que puede ser tan solo una de las obligaciones emanadas de las sentencias, y siempre y cuando se trate de condenas contra la Nación.

El acto acusado especifica, además, la información requerida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el debido cumplimiento y ejecución de la sentencia de que trate, la cual conoce y posee la entidad condenada, una de las cuales es, entre otras, la copia auténtica de la correspondiente providencia, y no como lo pretende el actor, el único objetivo del requerimiento.

De lo anterior se deduce que el citado artículo 1o. vela, ante todo, por el cumplimiento irrestricto del artículo 176 del C.C.A. y del término de 30 días que allí se señala, y sólo de manera supletiva consagra que ante el retardo o incumplimiento de la entidad condenada, el Ministerio de Hacienda lo requerirá para que suministre la información faltante, con el propósito de iniciar el trámite respectivo. "Tanto interés hay en el cumplimiento de los términos y en la celeridad del procedimiento administrativo de pago que se señaló, que cuando hubiere lugar, se comunicará a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia, que es obviamente la de velar por el acatamiento de la ley –incluidos necesariamente los correspondientes reglamentos– y de los términos que esta señala".

En cuanto al segundo cargo. Es indudable que en virtud de las funciones atribuidas a la Procuraduría General de la Nación ella debe tener participación en el procedimiento administrativo de pago de las condenas dinerarias en contra de la Nación, "... a lo sumo enviando copia de la sentencia respectiva para efectos de adelantar los trámites presupuestales pertinentes. Esta gestión en nada perjudica el derecho sustancia de los beneficiarios del fallo y por el contrario redunda en beneficio de la seguridad jurídica, de la legalidad y transparencia del procedimiento administrativo de pago que es el objetivo perseguido por el art. 177 del C.C.A.".

En cuanto al tercer cargo. La reglamentación general a que alude el artículo 84 en la Constitución comprende necesariamente la ley y sus decretos reglamentarios. No puede pretenderse que los principios y lineamientos generales consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C.A. para el cumplimiento y la ejecución de las sentencias en contra de la Nación constituyan dicha reglamentación general y, por ello, el Gobierno procedió mediante el decreto acusado a reglamentar tal materia.

De otra parte, "...la exigencia de la declaración jurada de que no se ha formulado otra solicitud de pago encuentra fundamento en el deber que asiste a la Administración de proteger el fisco nacional, evitar y precaver cualquier fraude y verificar que el pago que se realiza no ha sido ya efectuado por otra entidad o mediante un procedimiento distinto –v.gr. un proceso ejecutivo–".

"En lo que respecta a la exigencia del poder para tramitar la solicitud de pago, es evidente que esta es esencialmente administrativa y por ende substancialmente diversa de aquella que antecede, cuya naturaleza es judicial. En el trámite administrativo de cumplimiento y ejecución de las sentencias puede el beneficiario de esta

actuar a título personal y de manera directa o intervenir mediante apoderado, cualquiera que este elija. Esta es una prerrogativa que le asiste y que no puede conculcársele. Con fortuna precisa en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil que el poder para litigar se entiende conferido, entre otras gestiones, para realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente" (negrillas de la parte demandada).

En cuanto al cuarto cargo. El hecho de que las normas reglamentadas no prevean como requisito el paz y salvo a que alude el artículo 4o. del decreto acusado no constituye en sí mismo ni por sí sólo ningún vicio de ilegalidad del reglamento, pues, conforme a reiterada jurisprudencia, el reglamento no debe versar solamente sobre el contenido textual de la ley, sino que debe desentrañar lo que en ella está implícito y tácito, a tal punto que puede velar por el cumplimiento de otras normas relacionadas con la misma materia, en procura de constituir un reglamento integral y armónico.

"Es un principio general que quien propone una excepción le corresponde la carga de la prueba en que esta se funda y en consecuencia **al deudor que alega haber pagado una obligación le corresponde acreditar este pago,** y por ello el Estado –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– como deudor que es en la hipótesis *sub-exámine*, con la cautela, prudencia y cuidado que supone el manejo de los recursos públicos, debe exigir el paz y salvo de aquello que se paga, obviamente que por el monto que efectivamente se cancela y por la razón y causa que realmente corresponde, es, pues, éste un requisito que en nada distorsiona la realidad ni contraría el hecho del pago y que a todos interesa en beneficio de la seguridad del tráfico jurídico.

c.- La actuación surtida

De conformidad con las normas propuestas por 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 julio de 1993 se admitió la demanda y se negó la solicitud de decretar la suspención provisional de los efectos de los artículos 1o. a 6o. del decreto acusado (fls. 19 a 32).

No habiendo pruebas que decretar, por auto de 3 de diciembre de 1993 (fl. 47) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión. La parte demandada y el Ministerio Público presentaron los alegatos que obran a folios 52 a 67 y 68 a 70.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto (fls. 68 a 70) la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación se remite, para reiterar, el concepto rendido en el proceso No. 2432,

Actor: Olid Larrarte Rodríguez, en el cual se demanda la declaratoria de nulidad del Decreto 0768 de 23 de abril de 1993. En dicho concepto y en cuanto a los cargos formulados en la demanda se expresa en síntesis lo siguiente:

"En cuanto al primer cargo.- Si bien, como lo advierte el actor, el Presidente de la República no está facultado por el artículo 150 de la Constitución para expedir Códigos, esa realidad constitucional no puede servir de sustento para sostener, como lo hace también el actor que ello implica que tampoco puede expedir decretos reglamentarios de ellos. 'Y no puede ser así por que simplemente un código será expedido a través de una ley y al tenor del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política es atribución propia del Ejecutivo ejercer la potestad reglamentaria, mediante expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

"En cuanto al segundo cargo.- No es jurídicamente acertado sostener que el artículo 1o. del Decreto 768 de 1993 es ilegal por sustituir el artículo 176 del C.C.A., por la potísima razón de que un decreto reglamentario en manera alguna puede sustituir un decreto que tiene fuerza de ley. Esa forma de entender la prelación y prevalencia de la normatividad jurídica, con prescindencia de la jerarquía normativa, no se ajusta ni a la lógica ni a la realidad jurídica.

"Al tenor del artículo 176 del C.C.A. no se puede concluir, como concluye el actor, que es únicamente el Ministerio de Hacienda, con el procedimiento allí establecido, la entidad encargada de ejecutar las sentencias condenatorias en contra de la Nación, pues en dicha norma prevé que serán 'Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia...' las encargadas de dictar la resolución correspondiente para lograr su debido cumplimiento. Por ello, cuando el artículo 1o. acusado dispone que el organismo que resulte condenado proferirá una resolución en la que se adopten las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia, resolución que enviará luego al Ministerio de Hacienda, no está contrariando al citado artículo 176.

"De otra parte, el término establecido en el artículo 1o. es apenas el necesario en procura de que el pago de las obligaciones contenidas en las sentencias se haga de la manera más transparente y precisa.

"En cuanto al tercer cargo, formulado en contra del artículo 2o. del decreto acusado, no puede entenderse que con lo previsto en él se limite la actividad del Ministerio Público prevista en el artículo 177 del C.C.A., pues, por el contrario, lo allí dispuesto "... favorece la tarea del Agente del Ministerio Público de exigir que la copia de la sentencia condenatoria que se envía a la Procuraduría General de la Nación lleve las constancias de notificación y ejecutoria. Pues de entenderse esta exigencia como una acertada medida de prevención frente a posibles

equivocaciones que pudieran darse en la práctica en el envío de copias de sentencias 'a quien sea competente', a juicio de distintos funcionarios".

"En cuanto al cuarto y sexto cargos.- Como quiera que en el artículo 3o. del decreto acusado se estatuye que la solicitud de pago puede ser presentada por el beneficiario "... o su apoderado especialmente constituido para tal efecto,...", en este punto se limita la extensión de lo previsto en el artículo 70 del C. de P.C., en cuanto a que el poder para litigar se entiende conferido para, en otras actuaciones del abogado, '...adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y que se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas en aquella'. 'Posiblemente con la exigencia de que para el cobro de las sentencias ante el Ministerio de Hacienda se constituya apoderado especial, se puede estar dando margen a la presencia de las prácticas dolosas y desleales en ejercicio de la profesión de abogado, tal como reiteradamente lo afirma el actor".

"En cuanto al quinto cargo.- No se da la alegada violación del artículo 84 del C. de P.C. por parte del artículo 3o. del Decreto acusado, ya que siendo dicha norma superior específica para la presentación de demandas, ella no puede aplicarse a una materia diferente, como es la exigencia de que la presentación personal de una solicitud de pago dirigida al Ministerio de Hacienda y Crédito Público deba hacerse ante el juez o notario, que son los funcionarios que tradicionalmente están encargados de dar fe de los actos de los particulares realizados en su presencia".

De otra parte, la Procuraduría Delegada estima "...que las mismas razones expresadas en el auto admisorio de la demanda para denegar la suspención provisional del acto acusado son suficientes para denegar las súplicas de la demanda excepto en lo referente a la frase que reza '... o su apoderado especialmente constituido para el efecto ...' contenida en el artículo 3o. del decreto acusado, la cual ciertamente infringe el mandato del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- Las siguientes fueron las razones en que se fundamentó la Sala para denegar la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 1o. del decreto acusado:

"a) ... si bien es cierto que al tenor del artículo 2o., literal i. del Decreto 2112 de 1992, no f. como erróneamente se expresa en el epígrafe del decreto acusado y lo dice el accionante, corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público 'Atender el pago de las obligaciones a cargo del Estado', no lo es menos que la

comunicación de las sentencias ordenadas por el artículo 173 del C.C.A., en las cuales se impongan condenas de orden económico en contra de la Nación, debe hacerse a la entidad u organismo de carácter público cuyos actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupacionales temporales o permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos dieron origen a la respectiva acción contencioso administrativa, pues es a ella a quien corresponde **ejecutar** dichas sentencias y, para tal efecto, adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento dentro de los 30 días siguientes a su comunicación (art. 176 del C.C.A.), y no al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien sólo tiene a su cargo el deber de **pagar** dichas obligaciones económicas, que puede ser tan solo una de las obligaciones emanadas de la sentencia, y siempre y cuando que se trate de condenas en contra de la Nación.

"b) ... del parágrafo del artículo 1o., que se analiza, no puede concluirse categóricamente en esta etapa procesal, como lo concluye el accionante, que el término de 30 días allí establecido sea con el único fin de que la entidad pública remita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público copia de la sentencia condenatoria, pues dicho término se consagra '... para que se suministre la documentación e información faltante'.

"c) ... de la confrontación del artículo 177 del C.C.A. con el texto del artículo 1o. del decreto acusado no se evidencia a simple vista la violación flagrante de ninguno de sus cinco incisos, pues los temas allí tratados no se relacionan directamente con lo expresado en el cargo".

Como las anteriores consideraciones preliminares del proceso no han sido desvirtuadas durante el trámite, la Sala las ratifica y agrega que **el término de treinta días que señala en el parágrafo de la disposición bajo análisis solo tiene carácter supletivo en el evento de que las autoridades a quienes corresponde la ejecución de las sentencias incumplan con la obligación consagrada en el artículo 176 del C.C.A. y con los trámites previstos en la primera parte del artículo primero del decreto acusado,** y no en el que erróneamente le atribuye el actor de doblar o dilatar el pago de las condenas económicas en contra de la Nación, como se deduce del mandato contenido en el citado parágrafo, en el sentido de que frente a tal incumplimiento, "la Subsecretaría Jurídica ... comunicará a la Procuraduría de la Nación, para lo de su competencia".

Ahora bien, en cuanto a la alegada violación del artículo 84 de la Carta Política, debido a que el artículo 1o. del decreto acusado establece "... nuevos trámites y requisitos cuando ya se ha regulado el cumplimiento de las sentencias en los artículos 173 y 176 del C.C.A., de modo general", la Sala considera que no es válido sostener que las regulaciones contenidas en las citadas normas legales constituyen exclusivamente o deben ser tenidas como la reglamentación general a la que se refiere la citada

norma constitucional, pues para la Sala dicha reglamentación general no es solamente la contenida en las leyes sino que también hacen parte de ellas las reglamentaciones que se expidan a través de otras normas que las desarrollen, como es precisamente el caso de los decretos reglamentarios como el acusado.

En consecuencia, como fundamento en la precedente consideración y en los planteamientos transcritos, los cuales reitera la Sala en esta providencia, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo.- El siguiente es el texto del artículo 2o. del Decreto 0768 de 1993, al cual se contrae el cargo:

> "Artículo 2o. Trámite con el Ministerio Público. Una vez proferida una sentencia condenatoria al pago de obligaciones dinerarias a cargo de la Nación, el Tribunal respectivo remitirá copia auténtica con constancia de notificación y ejecutoria de la misma, a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.
>
> "La Procuraduría General de la Nación, una vez recibida la sentencia condenatoria de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, la remitirá a la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su recibo para efectos de adelantar el trámite presupuestal respectivo".

En la providencia adminisoria de la demanda, en la cual se denegó, igualmente, la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la norma transcrita, la Sala expresó:

> "Para la Sala este cargo no tiene vocación de prosperidad, por cuanto, en primer término, el hecho de que el Ministerio Público, una vez reciba la copia de la sentencia debe remitirla al Ministerio de Hacienda, no contradice abiertamente el art. 177 del C.C.A, que ordena el envío de dicha copia de la sentencia al citado Ministerio Publico, sino que por el contrario, aquella remisión parece constituir parte razonable y lógica de la función de vigilancia, que en relación con el cumplimiento de las sentencias, tiene atribuido dicho organismo...".

Además del anotado planteamiento, que se reitera en esta providencia y de las razones expuestas en su concepto de fondo por la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, que se comparten, la Sala considera que **la finalidad perseguida por el acto acusado no es otra que la de complementar la función asignada al Ministerio Público por el inciso segundo del artículo 177 del C.C.A., de "... dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas**

que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto", sin que ello pueda constituir una transgresión de dicha norma.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo.- El siguiente es el texto del artículo 3o. del decreto acusado, al cual se contrae el cargo:

> "Artículo 3o. Solicitud de pago. Quien fuere beneficiario de una obligación dineraria establecidas en una sentencia condenatoria a cargo de la Nación, o su apoderado especialmente constituido para el efecto, elevará la respectiva solicitud de pago ante la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante escrito presentado personalmente ante dicha Subsecretaría o con escrito dirigido a la misma, donde coste la presentación del personal ante el juez o notario, en la cual deberá afirmar bajo gravedad de juramento que no se ha presentado ninguna otra solicitud de pago por el mismo concepto. Para tales efectos allegará a su solicitud:
>
> "a) Copia auténtica de la respectiva sentencia con la constancia de la notificación y fecha de ejecutoria.
>
> "b) De ser el caso, los poderes que se hubieren otorgado, los cuales deben reunir los requisitos de la ley y estar expresamente dirigidos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la Subsecretaria Jurídica del mismo, la cual cumplidos estos requisitos procederá a efectuar el reconocimiento de la correspondiente personería jurídica.
>
> "c) Los datos de identificación, teléfono y dirección de los beneficiarios y sus apoderados.
>
> "d) De ser el caso, la certificación del Banco de la República, sobre el valor del gramo de oro.
>
> "e) Para los casos de reintegro, deberá anexarse una declaración extrajuicio y personal, en la que se manifiesta si se recibieron o no salarios o emolumentos de origen oficial durante el tiempo que estuvo retirado de su trabajo, e indicarse que no se intentó el cobro ejecutivo después de dieciocho (18) meses, si fuere el caso.
>
> "f) Los demás documentos que por razón del contenido de la condena, sean necesarios para liquidar su valor".

Para fundamentar la denegatoria de la solicitud de la suspención provisional de los efectos del acto transcrito la Sala expresó lo siguiente:

"Los anteriores cargos (violación de los artículos 84 y 189 de la Carta Política y 70 del C. de P.C.) se puede concretar así:

"a) Al exigir un nuevo requisito como es la declaración bajo juramento de que no se ha formulado otra solicitud de pago, se incurre en violación manifiesta del artículo 84 de la Constitución Política.

"b) Al exigir poder especial, dirigido al Ministro de Hacienda y Crédito Público, para solicitar el pago de la condena impuesta por la sentencia, y '... datos extras como la identificación y dirección de los beneficiarios, los cuales figuran en el proceso...', se incurre en violación de los artículos 84 y 189, numerales 11 y 20 de la Carta Política y 70 del Código de Procedimiento Civil.

"En cuanto al primer cargo, la Sal considera que la exigencia de la declaración bajo juramento no conlleva la violación directa del artículo 84 de la Carta, pues en esta etapa procesal no puede afirmarse, sin lugar a dudas, que el derecho de solicitar el pago de una condena impuesta judicialmente en contra de la Nación haya 'sido reglamentando de manera general', exclusivamente por las normas que cita el actor ya que precisamente, el decreto demandado puede hacer parte de dicha reglamentación. Es decir, que la reglamentación general a que se refiere el art. 84 no solo puede estar contenida en la ley sino en sus decretos reglamentarios.

"Sobre el segundo de los mencionados cargos, y en relación con cada una de las disposiciones que en él se indican como tragedias, la Sala considera lo siguiente:

"1) De acuerdo con el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, y en el aspecto que, en criterio de la Sala, dada la falta de precisión del solicitante de la medida, guarda relación directa con el análisis, el poder para litigar se entiende conferido para '...realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y que se cumplan en el mismo expediente'.

"Ahora bien, del citado mandato, y de su confrontación con el literal b) del artículo 3o. del decreto acusado, la Sala no evidencia su transgresión directa, toda vez que la solicitud de pago ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de una condena económica impuesta mediante sentencia en contra de la Nación, si bien constituye una actuación que se adelanta como consecuencia de la misma, no puede afirmarse validamente que ella se cumple '... en el mismo expediente'.

"2) El hecho de que la norma acusada exija, en su literal c) que con la solicitud de pago deban suministrarse 'Los datos de identificación, teléfono y dirección de los beneficiarios y sus apoderados', no constituye, a primera vista, una

infracción del artículo 84 de la Carta Política, por las razones ya expuestas en relación con el mismo y, adicionalmente, por cuanto si bien '...figuran en el proceso...', como lo expresa el solicitante, ellos no figuran en la sentencia.

"Además, la Sala considera que las informaciones exigidas en la norma bajo análisis son elementos básicos e indispensables de toda petición o solicitud que se eleve ante las autoridades públicas, conforme a lo dispuesto por el artículo 9o., en concordancia con el artículo 5o. del C.C.A.

"3) En lo relacionado con la violación del artículo 189, numerales 11 y 20 de la Carta, y luego de la confrontación con el artículo cuya suspensión provisional se solicita, la Sala no evidencia dicha transgresión, pues para que ésta pudiese predicarse, en el grado de manifiesta, tal disposición constitucional debería regular de manera concreta lo relacionado con los cargos que se acaban de analizar, situación esta que no se presenta" (paréntesis al inicio de la transcripción fuera del texto).

Como se observa de la transcripción anterior, desde los comienzos del proceso la Sala no advirtió el quebrantamiento de las normas superiores que se predican en la demanda respecto del artículo 3o. del decreto acusado, y como quiera que esta situación, ante la ausencia de nuevos argumentos del actor que se controvirtieran dichas conclusiones, no ha sufrido variación alguna durante su trámite ello constituye suficiente base para que, en la parte resolutiva de esta sentencia, se deniegue la pretensión de declaratoria de nulidad del citado acto.

En cuanto a la presunta inmoralidad que plantea el actor respecto de la disposición referente a la exigencia de apoderado especial y de poder dirigido expresamente al Ministerio de Hacienda o a la Subsecretaría Jurídica del mismo, la Sala hace notar que las relaciones de los ciudadanos con sus abogados están reguladas por el respectivo contrato de mandato y las de los abogados con sus colegas por las normas que regulan el ejercicio de la profesión, ninguna de las cuales resultan afectadas por las regulaciones del decreto demandado.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea la transgresión del artículo 84 de la Carta Política, debido a que en el inciso final del artículo 4o. del decreto acusado se dispone que "Al momento de recibir el pago total, el beneficiario o su apoderado deberá otorgar el paz y salvo correspondiente a la Nación", lo cual constituye un nuevo requisito no señalado en los artículos 176 y 177 del C.C.A., que según el actor regulan de manera general el cumplimiento de las sentencias en contra de la Nación, la Sala considera que no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

a) Porque **en virtud de las limitadas y genéricas regulaciones contenidas en los artículos 176 y 177 del C.C.A. no puede inferirse válidamente que ellas**

constituyan en forma exclusiva la reglamentación general del conjunto de requisitos que las autoridades deban cumplir o puedan exigir de los particulares para proceder a la ejecución de una sentencia, ni mucho menos que tales mandatos reglamenten de manera general los requisitos para hacer efectivo el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de sentencias condenatorias a cargo de la Nación, pues, como ya se afirmó, **debe entenderse que dicha reglamentación general mencionada en la Constitución está conformada tanto por las normas legales como por las reglamentarias que se expidan sobre el particular, una de las cuales es precisamente el decreto acusado.**

b) Porque como lo consideró la Sala en la providencia que denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto *sub-exámine*, "...el hecho de que las disposiciones que dice reglamentar el decreto acusado no consagren el paz y salvo de manera concreta, no implica su transgresión manifiesta, como quiera que dentro de la atribución del Presidente de la República de 'velar por la estricta recaudación y administración de los caudales públicos', que sirve también de fundamento al decreto en cuestión (numeral 20 del artículo 189 de la Constitución), bien podría caber la exigencia que consagra la norma acusada. Adicionalmente la Sala considera que **una recta interpretación de la norma acusada permite entender que el paz y salvo en ella consagrado sólo puede exigirse por parte de la Administración al momento en que el beneficiario o su apoderado reciba el 'pago total' de la condena, de tal manera que si la cancelación de la misma no fuere en esa forma, tan sólo podrá exigirse, como lo sostiene el solicitante de la medida, '...un recibo por lo pagado...'** parcialmente, y sin que de esta interpretación pueda resultar la alegada violación normativa, en el grado de 'manifiesta', que exige el artículo 152 del C.C.A. para que procediese la medida solicitada".

Como en el transcurso del proceso no han surgido nuevos argumentos que desvirtúen las anteriores apreciaciones provisionales de la Sala expresadas para negar la solicitud de la suspención provisional, la Sala las acoge de manera definitiva para resolver este cargo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Dado que el actor no concreta ningún cargo en contra de las restantes disposiciones del decreto acusado, la Sala se abstiene de referirse a ellas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de la Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Tercero.- En firme este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

POTESTAD REGLAMENTARIA-Ambito

La potestad reglamentaria constitucionalmente atribuída al Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes no se reduce o tiene como limitante su ejercicio con respecto a las leyes en sentido formal u orgánico, sino que dicha potestad comprende todas las leyes, entendidas dentro de una concepción material de las mismas y, por tanto, a las incorporadas en cualquier clase de códigos, salvo aquellas cuya aplicación corresponda exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales.

SENTENCIA-Ejecución/**SENTENCIA**-Cumplimiento/**PODER ESPECIAL**-Improcedencia/**DERECHO DE PETICION/CONDENA EN CONCRETO**

El término de treinta días que se señala en el parágrafo de la disposición bajo análisis sólo tiene un carácter supletivo en el evento de que las autoridades a quienes corresponda la ejecución de las sentencias incumplan con la obligación consagrada en el artículo 176 del C.C.A. con los trámites previstos en la primera parte del artículo primero del decreto acusado. Si bien el artículo 70 del C. de P.C. faculta al apoderado, entre otros efectos, para "...realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente...", ello no constituye fundamento alguno para sostener jurídicamente que al exigirse la constitución de apoderado especial ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para solicitar el pago de las condenas dinerarias impuestas en la sentencia implica la violación de dicha norma o del artículo 69 *ibídem*, por la potísima razón de que esa

actuación, aun cuando es posterior y es una consecuencia de la sentencia, ella no se cumple ni podría estar llamada a cumplirse en el mismo expediente en que se profirió tal decisión sino, por el contrario, dentro de un trámite eminentemente administrativo, el cual deberá cumplirse de acuerdo con las reglas que regulan los procedimientos administrativos, de carácter general o especial, tanto del rango legal como reglamentario. La formulación de solicitudes de pago de condenas dinerarias a cargo de la Nación constituye un simple ejercicio del derecho de petición, el cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 39 del C.C.A., "...es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2432. Actor: Olid Larrarte Rodríguez.

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 y abogado Olid Larrarte Rodríguez en ejercicio de la "...acción pública consagrada por el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución...", con la finalidad de que se declare la nulidad del Decreto 0768 de 23 de abril de 1993, "por el cual se reglamentan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, expedido por el señor Presidente de la República con la firma del director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

I.- ANTECEDENTES

a.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera en su demanda que el acto acusado incurre en violación de las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 9 a 15).

Primer cargo.- El Decreto 0768 de 1993 viola el artículo 150 numerales 2 y 10 de la Constitución, toda vez que si ellos disponen que es función exclusiva del Congreso expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones y modificar los decretos-leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias, de ello se concluye que el Ejecutivo carece de facultades propias o delegadas para reglamentar los códigos y menos para modificar y sustituir los artículos 176 y 177 del C.C.A.; 69, 70 y 84 del C. de P.C. y el estatuto del abogado, a lo cual procedió mediante el decreto cuya declaratoria de nulidad se impetra, al disponer en su artículo 8o. que el mismo "...sustituye todas las normas que le sean contrarias".

El decreto acusado también es violatorio del artículo 12 de la "...Ley 153 de 1889..." (sic), pues si el Gobierno debe ser respetuoso de las normas de superior jerarquía,

"...cualquier agravio a ellas conlleva nulidad del decreto donde se haya ejercido la potestad reglamentaria".

Segundo cargo.- El artículo 1o. del Decreto 0768 de 1993 incurre en violación del artículo 176 del C.C.A., por cuanto lo sustituye al consagrar un procedimiento distinto al establecido en dicha norma para la ejecución de las sentencias. En efecto, si las disposiciones legales vigentes atribuyen al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la función de ejecutar las sentencias que incluyen condenas en contra de la Nación, "...siendo distinta la entidad específica condenada (Policía, Ejército, DAS, Ministerio de Justicia, etc.) , y el decreto dispuso en el artículo mencionado que es a la entidad 'condenada' a la que corresponde proferir resolución adoptando las medidas para el cumplimiento de la sentencia, lo cual es realmente un despropósito, porque tales entidades específicas no tienen facultades para disponer del erario público en forma directa".

De otra parte, el trámite establecido en el artículo 1o. es dilatorio por cuanto el término de 30 días señalados en la ley para que la entidad encargada del pago profiera la respectiva resolución se traslada a una entidad incompetente para proferir tal acto, "...y convierte este término en otros 30 días más, a perderse en la entidad incompetente, al consignar que en caso de mora en la expedición de la documentación pertinente, según el parágrafo, se le otorgará a la condenada otro término igual para que responda".

La declaratoria de nulidad que se solicita respecto del artículo 1o. del decreto acusado se sustenta también en que él "crea un cúmulo de requsitos innecesarios, que de por sí obran en los respectivos expedientes donde las condenas se producen y, por otra parte, son claramente deducibles del contenido de las propias sentencias y de los poderes que generalmente se acompañan a ellas".

Tercer cargo.- El artículo 2o. del decreto acusado sustituye y viola el artículo 177 del C.C.A., por cuanto "...en forma sospechosa..." reduce la intervención del Ministerio Público en el trámite de cancelación de setencias a cargo del Estado, "...dejando de lado las previsiones del 4o. inciso de la norma suplantada, que es donde crea la responsabilidad de los funcionarios de la entidad encargada de la ejecución, y se castiga su proceder arbitrario, moroso o de mala fe, lo que nos indica a las claras que el decreto atacado tuvo como inspiradores a elementos comprometidos en las graves irregularidades detectadas recientemente en el Ministerio de Hacienda.

Cuarto cargo.- El artículo 3o. del decreto acusado transgrede los artículos 69 y 70 del C. de P.C., por las siguientes razones:

a) Mientras que el citado artículo 69 determina expresamente las formas de determinación de un poder, que no son otras que la revocación, la renuncia o la muerte del mandante en ciertos casos, el acto acusado crea una forma anómala de terminación del mandato, cual es que el poder conferido para un proceso dentro del cual se condena a la Nación, termina con la ejecutoria de la respectiva sentencia, al disponer lo siguiente:

"Artículo 3o. Solicitud de pago. Quien fuere beneficiario de una obligación dineraria establecida en una sentencia condentoria a cargo de la Nación, **o su apoderado especialmente constituído para el efecto, elevará la respectiva solicitud de pago...** para tales efectos allegará a su solicitud:

"b) De ser el caso, **los poderes que se hubieren otorgado, los cuales deberán reunir los requisitos de ley y estar expresamente dirigidos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la Subscretaría Jurídica del mismo,** la cual cumplidos estos requisitos procederá a efectuar el reconocimiento de la correspondiente personería jurídica" (subrayas del actor).

De lo anterior se colige que el acto acusado desconoce el valor jurídico de los poderes otorgados ante las autoridades judiciales ante quienes se hayan adelantado los respectivos procesos, al establecer que para la actuación ante el Ministerio de Hacienda se requiere de un poder especial dirigido a esa dependencia del Estado, el cual sólo puede otorgarse cuando el proceso haya terminado y la sentencia condenatoria se encuentre ejecutoriada.

b) Mientras que el artículo 70 del C. de P.C. estatuye que el poder para un proceso se entiende conferido para "...realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquellas", entre otros efectos, el acto acusado, por las razones expuestas en el literal precedente, da lugar a la proliferación de prácticas dolosas y desleales en el ejercicio de la profesión del derecho, permitiendo así burlar los intereses de los apoderados quienes, por lo general, pactan sus honorarios a cuota *litis*.

Quinto cargo.-El artículo 3o. del decreto acusado incurre en violación del artículo 84 del C. de P.C. al disponer que las solicitudes de pago, "...entendiéndose que también los extraños poderes allí exigidos...", deberán tener presentación personal ante **juez** o notario, pues dicha norma superior señala que tales presentaciones personales se podrán surtir mediante comparecencia personal **ante el secretario de cualquier despacho judicial,** o ante notario.

Sexto cargo.- El artículo 3o. del decreto acusado es violatorio de los artículos 25, 28, 29, 47 numeral 4 y 56 numerales 2 y 4 del Decreto 196 de 1971 o estatuto del abogado, por cuanto "...da oportunidad para que el abogado profesional que adelantó y ganó el proceso administrativo sea desplazado injustamente al momento de hacer efectiva la sentencia condenatoria, ya sea por el propio beneficiario, que puede no ser abogado titulado, o por un nuevo profesional, lo que violaría el artículo 25 ya citado, que exige título profesional y sin que esa actuación para el no profesional se encuentre contemplada dentro de las excepciones establecidas por los artículos 28 y 29 del mismo estatuto; es violatoria del artículo 47, numeral 7o., que exige a los abogados 'a proceder lealmente con sus colegas', y la redacción de la norma atacada da margen a que la deslealtad se imponga, pues el abogado que reciba poder para cobrar el monto de las sentencias condenatorias a cargo del Estado justificaría con aquella norma su proceder torcido; y viola, por último, el artículo 56 del Decreto 196 en sus numerales 2o. y 4o.,

pues estaría el abogado que acepte poder para realizar los cobros referidos, 'aceptando gestión profesional a sabiendas de que le fue encomendada a otro abogado', y sin que medie renuncia o autorización del colega reemplazado, pues la norma atacada no exige respeto alguno por tales obligaciones de lealtad entre profesionales, como es la de mediar el respectivo paz y salvo del abogado anterior, y viola el numeral 4o. porque propicia la elusión del pago de honorarios profesionales a otros colegas".

b.- **Las razones de la defensa**

En su alegato de conclusión y luego de transcribir un documento allegado al proceso a título de antecedentes administrativos del acto acusado (fls. 39 a 41), la parte demandada expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 48 a 56):

En materia de reglamentación de las normas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa, a partir de 1962, en el sentido de que lo es, en primer término y por definición constitucional, la ley, cualquiera que ella sea, incluídos los códigos. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina.

El decreto acusado no incurre en violación del artículo 150-2 de la Constitución Política, por cuanto es evidente que aquel es un acto administrativo "...tanto en sentido formal como material, y en consecuencia difiere sustancialmente de la ley y por ello en respeto de la jerarquía normativa las disposiciones reglamentarias no modifican ni adicionan las normas reglamentadas, sino que tan sólo facilitan su desarrollo y vida práctica".

Tampoco es válido el argumento del actor, en el sentido de que al prescribirse en el artículo 8o. del decreto acusado que éste "...rige a partir de la fecha de su publicación y sustituye todas las normas que le sean contrarias", implica las sustitución o modificación de las existentes en los códigos, pues el acto impugnado no pretende surtir, como en efecto no lo hace, efectos jurídicos ajenos a su naturaleza de acto administrativo reglamentario, que no deroga ni sustituye norma alguna de superior jerarquía.

En el caso debatido debe tenerse en cuenta que las leyes reglamentadas se refieren, dada su especialidad, genérica y abstractamente al procedimiento administrativo para el cumplimiento y ejecución de las sentencias y la efectividad de las condenas contra las entidades públicas, pero en ellas no se regulan explícitamente ciertos aspectos que, no obstante estar implícitos en sus mandatos, requieren desenvolvimientos posteriores para su correcta aplicación.

c.- **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 30 de julio de 1993 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 25 a 29).

No habiendo pruebas que decretar, por auto de 29 de octubre de 1993, (fl. 43), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión. La parte demandada y el Ministerio Público presentaron los alegatos que obran a folios 48 a 56 y 59 a 64.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación considera, en síntesis, lo siguiente (fls. 59 a 64):

En cuanto al primer cargo.- Si bien, como lo advierte el actor, el Presidente de la Repúbllica no está facultado por el artículo 150 de la Constitución para expedir códigos, esa realidad constitucional no puede servir de sustento para sostener, como lo hace también el actor, que ello implica que tampoco puede expedir decretos reglamentarios de ellos. "Y no puede ser así porque símplemente un código será expedido a través de una ley y al tenor del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política es atribución propia del ejecutivo ejercer la potestad reglamentaria, mediante expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

En cuanto al segundo cargo.- No es jurídicamente acertado sostener que el artículo 1o. del Decreto 768 de 1993 es ilegal por sustituir el artículo 176 del C.C.A., por la potísima razón de que un decreto reglamentario en manera alguna puede sustituir un decreto que tiene fuerza de ley. Esa forma de entender la prelación y prevalencia de la normatividad jurídica, con prescindencia de la jerarquía normativa, no se ajusta ni a la lógica ni a la realidad jurídica.

Al tenor del artículo 176 del C.C.A., no se puede concluir, como concluye el actor, que es únicamente el Ministerio de Hacienda, con el procedimiento allí establecido, la entidad encargada de ejecutar las sentencias condenatorias en contra de la Nación, pues dicha norma prevé que serán "las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia..." las encargadas de dictar la resolución correspondiente para lograr su debido cumplimiento. Por ello, cuando el artículo 1o. acusado dispone que el organismo que resulte condenado proferirá una resolución en la que se adopten las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia, resolución que enviará luego al Ministerio de Hacienda, no está contrariando al citado artículo 176. De otra parte, el trámite establecido en el artículo 1o. es apenas el necesario en procura de que el pago de las obligaciones contenidas en las sentencias se haga de la manera más transparente y precisa.

En cuanto al tercer cargo, formulado en contra del artículo 2o. del decreto acusado, no puede entenderse que con lo previsto en él se limite la actividad del Ministerio Público prevista en el artículo 177 del C.C.A., pues, por el contrario, lo allí dispuesto "...favorece la tarea del agente del Ministerio Público de exigir que la copia de la sentencia condenatoria que se envía a la Procuraduría General de la Nación lleve las constancias de notificación y ejecutoria. Puede entenderse esta exigencia como una acertada medida de prevención frente a posibles equivocaciones que pudieran darse

en la práctica en el envío de copias de sentencias 'a quien sea competente', a juicio de distintos funcionarios".

En cuanto al cuarto y sexto cargos.- Como quiera que en el artículo 3o. del decreto acusado se estatuye que la solicitud de pago puede ser presentada por el beneficiario "...o su apoderado especialmente constituído para tal efecto,..." en este punto se limita la extensión de lo previsto en el artículo 70 del C. de P.C., en cuanto a que el poder para litigar se entiende conferido para, entre otras actuaciones del abogado, "... adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia que se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquella". "Posiblemente con la exigencia de que para el cobro de las sentencias ante el Ministerio de Hacienda se constituya apoderado especial, se puede estar dando margen a la presencia de prácticas dolosas y desleales en el ejercicio de la profesión de abogado, tal como reiteradamente lo afirma el actor".

En cuanto al quinto cargo.- No se da la alegada violación del artículo 84 del C. de P.C. por parte del artículo 3o. del decreto acusado, ya que siendo dicha norma superior específica para la presentación de demandas, ella no puede aplicarse a una materia diferente, como es la exigencia de que la presentación personal de una solicitud de pago dirigida al Ministerio de Hacienda y Crédito Público deba hacerse ante juez o notario, que son los funcionarios que tradicionalmente están encargados de dar fe de los actos de los particulares realizados en su presencia.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo, en el cual se discute que el decreto acusado incurre en infrancción del artículo 150 numerales 2 y 10 de la Constitución Política, la Sala considera que no está llamado a prosperar, por las siguientes razones fundamentales:

La jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado, de tiempo atrás, que la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuída al Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes no se reduce o tiene como limitante su ejercicio con respecto a las leyes en sentido formal u orgánico, sino que dicha potestad comprende todas las leyes, entendidas dentro de una concepción material de las mismas y, por tanto, a las incorporadas en cualquier clase de códigos, salvo aquellas cuya aplicación corresponda exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales, caso este último que no se predica en el asunto *sub-júdice.*

En efecto, en sentencia proferida por esta Sección en fecha 6 de julio de 1990, esta Sala expresó lo siguiente:

> "Sea lo primero advertir que si bien durante cierta época la jurisprudencia colombiana afirmó la imposibilidad de reglamentar algunas leyes como las civiles, penales y las de procedimiento, imposibilidad que el mismo Consejo de Estado

extendió a los códigos en general, como efectivamente se encuentra planteado en la sentencia del 25 de septiembre de 1944 citada por el actor (Anales, tomo LII, págs. 318 y ss), dicha posición ha evolucionado hacia el reconocimiento de la competencia del poder reglamentario en relación con dichas normas, pero siempre y cuando que su aplicación no corresponda exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales, como puede verse en providencia del Consejo de Estado, de fecha 17 de febrero de 1962 (Anales, tomo LXIV, núms. 397-398, pág. 188).

'En efecto, dijo la Corporación en la última providencia citada:

"'Para fijar los límites del poder reglamentario es preciso acudir a los propios textos constitucionales. En ellos se establecen dos criterios a seguir: el de la necesidad y el de la competencia.

"'a) *Necesidad.* Así como el legislador sólo puede desarrollar los mandatos de la Carta Política que realmente requieran un desenvolvimiento para su adecuada aplicación, pero no aquellos otros que por sí mismos constituyan ordenamientos claros e incondicionados que no necesitan de regulaciones adicionales para su inmediata ejecución, así también el Organo Administrativo únicamente podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho. Si así no fuera, el legislador y el ejecutivo forzosamente se colocarían en uno de estos dos extremos: o repiten exactamente lo que ya está expresado por el mandato superior, caso en el cual el nuevo precepto sería superfluo; o adicionan o recortan el alcance de la regla constitucional o legal, incurriendo en ostensible violación de las disposiciones superiores de derecho. Estas apreciaciones fluyen espontánea y naturalmente del principio de la jerarquía de la legalidad que informa todo nuestro sistema constitucional, y particularmente del artículo 120, numeral 3o. de la Carta, que dice: 'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida jecución de las leyes'. Allí se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la Administración Pública en estas materias: si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales.

"'*Competencia.* La función esencial del órgano administrativo es la ejecutar las leyes, e igual cosa podría predicarse del órgano jurisdiccional. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las funciones parecen confundirse. Pero es evidente que cada una de esas ramas tiene su propio campo de actividad señalado por el derecho, dentro del cual sus poderes jurídicos se manifiestan de manera

diferente. Hay leyes cuya ejecución cae dentro de la esfera de competencia de la administración y, de consiguiente, ellas deben aplicarse directa y preferentemente por ésta. Esos ordenamientos pueden y deben reglamentarse, cuando ello sea necesario, a pesar de que estén incorporados en cualquier clase de códigos y aunque las decisiones concretas que se adopten con base en tales estatutos, estén sometidas a la revisión eventual de los jueces. Pero hay otras leyes, como las civiles, comerciales, penales y procesales propiamente dichas, cuya aplicación directa corresponde preferentemente al órgano jurisdiccional. Son éstas las que algunos doctrinantes denominan leyes judiciales, destinadas a la aplicación de los tribunales. Tales ordenamientos no dan lugar a la reglamentación, sino a la interpretación por vía jurisprudencial'". (Sentencia 0734 de 6 de julio de 1990. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Expediente No. 781. Actor: Leonel Olivar Bonilla. Extractos de Jurisprudencia. Julio, agosto y septiembre 1990. Tomo IX págs. 209 a 211).

En consecuencia, no asiste razón al actor cuando afirma que el acto demandado es inconstitucional porque el ejecutivo carece de facultades propias o delegadas para reglamentar los códigos y, por lo mismo, el cargo no prospera desde este punto de vista.

De otra parte, como el segundo aspecto de este cargo se refiere a la posible violación de las normas constitucionales citadas por cuanto el decreto demandado habría modificado o sustituído los artículos 176 y 177 del C.C.A., 69, 70 y 74 del C. de P.C. y el estatuto del abogado, con lo cual también se habría violado el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, pero ese cuestionamiento está desarrollado en cada uno de los cargos siguientes, la prosperidad de esta acusación depende de que las normas acusadas efectivamente violen los preceptos legales últimamente citados, lo cual constituye el objeto de los análisis que siguen y a ellos se remite la Sala.

En relación con el segundo cargo.- De la simple lectura de las acusaciones formuladas en contra del artículo 1o. del decreto demandado, la Sala concluye que el actor atribuye a dicho acto un sentido totalmente distinto al inequívoco que mana de su texto.

En efecto, "...las disposiciones legales vigentes...", a las cuales parece referirse el actor, no atribuyen necesariamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la función de ejecutar las sentencias que impongan condenas en contra de la Nación, pues si el artículo 2o. literal i) del Decreto 2112 de 1992, no f) como erróneamente se consigna en el epígrafe del decreto acusado, dispone que a dicho Ministerio corresponde "atender el pago de las obligaciones a cargo del Estado", dicha función no puede entenderse, ni lo dice el mencionado decreto, como que ella conlleve la de ejecutar las sentencias, pues esa tarea corresponde, al tenor del artículo 176 del C.C.A., a la autoridad correspondiente de la entidad u organismo cuyos actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas u operaciones temporales o permanentes de inmuebles por

causa de trabajos públicos dieron origen a la acción contencioso administrativa, y ha sido condenada, quien para tal efecto deberá adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, y no al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien sólo tiene a su cargo el deber de **pagar** dichas obligaciones económicas, que puede ser tan sólo una de las obligaciones emanadas de la sentencia y siempre y cuando se trate de condenas en contra de la Nación.

De otra parte, la Sala considera que el término de treinta (30) días que se señala en el parágrafo de la disposición bajo análisis sólo tiene un carácter supletivo en el evento de que las autoridades a quienes corresponda la ejecución de las sentencias incumplan con la obligación consagrada en el artículo 176 del C.C.A. y con los trámites previstos en la primera parte del artículo primero del decreto acusado, y no el que erróneamente le atribuye el actor de dilatar el pago de las condenas económicas en contra de la Nación, como se deduce del mandato contenido en el citado parágrafo, en el sentido de que frente a tal incumplimiento, "...la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, comunicará a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia".

En cuanto a la acusación consistente en que el artículo 1o. del decreto acusado establece requisitos innecesarios en razón de que ellos ya obran en los expedientes y se deducen del contenido de las sentencias, la Sala cosidera que, sin necesidad de referirse a cada uno de los allí consignados, dicho cargo no tiene vocación de prosperar, pues además de que el artículo 176 del C.C.A., cuya violación se predica, no regula esos aspectos, ellos, a juicio de la Sala, constituyen elementos de información básicos para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueda atender cabal y debidamente con el pago de las obligaciones a cargo del Estado.

En relación con el tercer cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 177 del C.C.A. por parte del artículo 2o. del decreto acusado, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar pues, además de las razones expuestas en su concepto de fondo por la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, que se comparte, esta misma Sección al decidir sobre la solicitud de suspensión provisional de dicha norma, formulada dentro del proceso radicado bajo el número 2428, Actor: Jorge Valencia Arango, expresó lo siguiente, que adopta como fundamento de esta providencia:

> "Para la Sala este cargo no tiene vocación de prosperidad, por cuanto, en primer término el hecho de que el Ministerio Público una vez reciba la copia de la sentencia deba remitirla al Ministerio de Hacienda, no contradice abiertamente el art. 177 del C.C.A., que ordena el envío de dicha copia de la sentencia al citado Ministerio Público, sino que, por el contrario aquella remisión parece constituir parte razonable y lógica de la función de vigilancia, que en relación con el cumplimiento de las sentencias, tiene atribuído dicho organismo. En segundo lugar, porque dado que el solicitante de la medida no concreta la disposición o las disposiciones de la Ley 04 de 1990, presuntamente violadas por la norma que se

analiza, no corresponde a la Sala suplir tal falta de precisión y proceder a su confrontación con cada uno de los 67 artículos que la integran" (auto de 19 de julio de 1993. Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez).

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea la violación de los artículos 69 y 70 del C. de P.C. por parte del artículo 3o. del decreto acusado, en la medida en que en él se exige la constitución de apoderados especiales para solicitar el pago de obligaciones dinerarias establecidas en sentencias condenatorias a cargo de la Nación y que los poderes que se otorguen deben estar expresamente dirigidos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la Subsecretaría Jurídica del mismo, en caso tal que dicha solicitud no sea formulada directamente por el beneficiario de la condena, la Sala considera lo siguiente:

Si bien el artículo 70 del C. de P.C. faculta al apoderado, entre otros efectos, para "...realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente...", ello no constituye fundamento alguno para sostener jurídicamente que al exigirse la constitución de apoderado especial ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para solicitar el pago de las condenas dinerarias impuestas en la sentencia implica la violación de dicha norma o del artículo 69 *ibídem,* por la potísima razón de que esa actuación, aún cuando es posterior y es una consecuencia de la sentencia, ella no se cumple ni podría estar llamada a cumplirse en el mismo expediente en que se profirió tal decisión sino por el contrario, dentro de un trámite eminentemente administrativo, el cual deberá cumplirse de acuerdo con las reglas que regulan los procedimientos administrativos, de carácter general o especial, tanto de rango legal como reglamentario.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el quinto cargo, en el cual se discute la violación del artículo 84 del C. de P.C. por parte del artículo 3o. del decreto acusado, en la medida en que en él se dispone que la solicitud de pago debe elevarse ante la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante escrito presentado personalmente ante ella o con escrito dirigido a la misma, donde conste la presentación personal **ante juez** o notario, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar, toda vez que las regulaciones contenidas en la citada norma legal sólo son aplicables a los escritos de demanda que se presenten ante las autoridades jurisdiccionales y no a las solicitudes que se formulen a la Administración.

En relación con el sexto cargo. Al respecto la Sala considera y concluye lo siguiente:

a) No prospera el cargo de violación de los artículos 25, 28 y 29 de Decreto 196 de 1971 por parte del artículo 3o. del decreto acusado, los cuales consagran la prohibición de litigar en causa propia o ajena si no se es abogado inscrito y las

excepciones a dicha regla, toda vez que la formulación de solicitudes de pago de condenas dinerarias a cargo de la Nación constituye un simple ejercicio del derecho de petición, el cual, conforme con lo dispuesto por el artículo 39 del C.C.A., "... es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena".

b) Tampoco prospera el cargo de violación del artículo 47 numeral 4o. del Decreto 196 de 1971, consagra como deber del abogado "obrar con absoluta lealtad y honradez en sus relaciones con los clientes", por cuanto dicha norma no vincula a la Administración ni al ciudadano que otorga o revoca un poder sino a los profesionales del derecho, quienes, independientemente de la existencia de la norma acusada, deben cumplir estrictamente las que regulan su ejercicio profesional.

c) Por las mismas razones expresadas en el literal precedente, tampoco prospera el cargo de violación del artículo 56 numerales 2 y 4 del Decreto 196 de 1971.

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, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Con envío de copia comuníquese esta sentencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto.- En firme este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, el auto de 19 de julio de 1993, Consejero Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Exp. 2428.

CIRCULAR EXTERNA-Naturaleza/**ACTO GENERAL/ACCION DE NULIDAD**

La Circular Externa demandada es un acto de contenido general, impersonal y objetivo, susceptible de enjuiciamiento a través de la acción pública de nulidad, por cuanto al no individualizar e identificar concretamente a los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias destinatarias, los efectos llamados a producir el acto afectan indistinta y genéricamente a todos los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias, a través de sus respresentantes legales y revisores fiscales, que en la fecha de su expedición o en el futuro deban proceder conforme con las "instrucciones contables" en ella contenidas. Es decir, que el carácter individual de un acto no está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales él está dirigido sean fácil o difícilmente individualizables o identificables, sino que ellos están efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contendio del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación. De no entenderse así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2756. Actor: Lucy Cruz de Quiñones.

Procede la Sala de Decisión de la Sección Primera a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto oportunamente por la accionante contra el auto de 31 de enero de 1994, proferido por el señor Consejero de Estado doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, con el fin de obtener su revocatoria.

I.- ANTECEDENTES

La ciudadana y abogada Lucy Cruz de Quiñones, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artícutlo 84 del C.C.A., demandó de esta Corporación la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la Circular Externa No. 050 de 27 de octubre de 1993, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, dirigida a los "representantes legales y revisores fiscales de los sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y Beneficencias que administran loterías", para efectos de indicarles la manera como han de registrarse y contabilizarse las prestaciones sociales y vacaciones, el impuesto a ganadores, el impuesto a foráneas (impuesto, recaudo y el gasto por impuesto de foráneas), venta de billetería, premios en el público, premios caducados, e información a remitir a la Superintendencia sobre los estados financieros en forma bimestral.

II.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante la providencia recurrida en súplica se dispuso la inadmisión de la demanda y la entrega de sus anexos sin necesidad de desglose, con fundamento en las siguientes consideraciones (fls. 53 a 54).

"Del contenido de acto acusado se infiere su carácter particular y concreto como quiera que sus destinatarios son fácilmente individualizables.

"Dentro de los actos de contenido particular enlistados en la ley como susceptibles de enjuciamiento a través de la acción de nulidad, como la aquí ejercida, no se halla el que es materia de la presente acción; tampoco se dan los presupuestos para viabilidad de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., dado que la actora sólo ha invocado el interés de la legalidad y no ha afirmado que ha sido lesionada en sus derechos con el acto acusado, conforme lo exige dicho precepto".

III.- LA SUSTENTACION DEL RECURSO

La accionante expresa, de la manera como se resume a continuación, su disentimiento para con la providencia recurrida (fls. 55 a 63):

Luego de extensas explicaciones y precisiones jurisprudenciales y doctrinales sobre las características específicas de los actos administrativos de contenido general, la recurrente expresa que "no existe norma jurídica que consagre que los actos regla dirigidos a un grupo de personas jurídicas y naturales individualizables pero indetemi-

nadas, sean actos de carácter subjetivo, concreto y particular, y que por lo tanto, la única vía procesal sea la del contencioso subjetivo. Esta es una inferencia que no tiene fundamento constitucional y legal. Puede decirse que los actos reglas que dicten las entidades de control y vigilancia siempre están dirigidos a un determinado grupo de personas por las funciones o actividades que éstas desarrollan, pero esta circunstancia no los convierte en actos de contenido particular y concreto. Si esto no fuese así, implicaría que una vez dictados estos actos regla, no podrían por ejemplo, ser revocados sin el consentimiento del particular afectado, requerirían de una diligencia de notificación y no de la simple publicación".

. De otra parte, si se analiza el contenido del acto acusado se aprecia que este acto afecta, con vocación de permanencia, a todas las loterías y beneficencias que existen o que llegaren a existir como operadoras de los sorteos ordinarios o extraordinarios y que, al no estar identificadas de manera concreta, crea una situación general, cuyo contenido es igual para todas.

Por último en ninguna parte de la demanda aparece "... la defensa de un interés subjetivo, así no estuviese expresado en ella, la eventual declaratoria de nulidad no implica el restablecimiento automático de ningún derecho. Lo anterior también se infiere de quien ejerce la acción popular, pues a la suscrita objetivamente no la beneficiaría en forma directa el pronunciamiento jurisdiccional anulatorio".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del correspondiente estudio y análisis de los fundamentos del acto impugnado, de las razones expresadas por la suplicante y del acto acusado, la Sala considera que el recurso interpuesto debe ser resuelto favorablemente y, en tal virtud, en la parte resolutiva de esta providencia se procederá a revocar la decisión recurrida, por las siguientes y breves razones:

Si se tiene en cuenta que mediante el acto acusado la Superintendencia Nacional de Salud impartió instrucciones a los "representantes legales y revisores fiscales de sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administran loterías" sobre la manera como han de registrarse y contabilizarse las prestaciones sociales y vacaciones, los impuestos a ganadores y a foráneas, venta de boletería, premios en el público, premios caducados e información a remitir a la Superintendencia sobre los estados financieros en forma bimestral, surge la necesaria conclusión de que la Circular Externa No. 050 de 1993 es un acto de contenido general, impersonal y objetivo, susceptible de enjuciamiento a través de la acción pública de nulidad, por cuanto al no individualizar e identificar concretamente a los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias destinatarias, los efectos llamados a producir el acto afectan indistinta y genéricamente a todos los sorteos extraordinarios, loterías y beneficencias, a través de sus respresentantes legales y revisores fiscales, que en la fecha de su expedición o en el futuro deban proceder conforme a las "instrucciones contables" en ella contenidas.

Es decir, que el carácter individual de un acto no está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales él está dirigido sean fácil o difícilmente individualizables o identificables, sino que ellos estén efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación. De no entenderse así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto.

De otra parte, de la lectura de la Circular acusada la Sala no encuentra que las instrucciones en ella contenidas creen, modifiquen o extingan en favor de persona alguna una situación jurídica individual, particular o concreta que permita predicar que sólo sus destinatarios pueden tener aptitud legal para demandar su declaratoria de nulidad en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 31 de enero de 1994, mediante el cual se inadmitió la demanda presentada por la ciudadana Lucy Cruz de Quiñones en ejercicio de la acción de nulidad y, en su lugar, SE DISPONE que por el Consejero Sustanciador se proceda a proyectar la providencia admisoria de la demanda, teniendo en cuenta que en ella se solicita la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* con salvamento de voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACTOS ESTATALES-Clasificación/**ACTOS GENERALES/ACTOS PARTICULARES/**(Salvemento de Voto)

Una primera clasificación de los actos estatales atiende exclusivamente al número de sus destinatarios, según sean una pluralidad de sujetos o un sólo sujeto de derecho. Bajo este ángulo, los actos estatales se clasifican en generales o individuales. Los actos generales son los que están dirigidos a una pluralidad de destinatarios, determinados o indeterminados; y estos actos generales pueden ser o de efectos generales, es decir, de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, o de efectos particulares, es decir, de carácter concreto no normativo, dirigidos a un grupo determinado o determinable de sujetos. En cambio los actos individuales son los dirigidos a un sujeto de derecho y que, por tanto, tiene siempre efectos particulares. La clasificación entre actos generales y actos individuales, no apunta a sus efectos, sino al número de sus destinatarios: un acto general es el que está dirigido a un número indeterminado de personas o a un grupo determinado o determinable de sujetos; un acto individual, al contrario, sería el que tiene por destinatario a un sujeto de derecho.

ACTOS ESTATALES-Efectos/**ACTOS DE EFECTOS GENERALES/ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES/**(Salvamento de Voto).

Según sus efectos, los actos estatales pueden ser clasificados en forma distinta, y se distinguen así, los actos "de efectos generales", es decir, de contenido normativo y que por tanto, creans, declaran, modifican o

extinguen situaciones jurídicas generales; y los actos de "efectos particulares" que son aquellos de contenido normativo, es decir, que crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares. Los actos de efectos generales son los de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos; en cambio, los actos de efectos particulares son de contenido no normativo y estos a su vez pueden ser o actos generales, dirigidos a un grupo determinado o indeterminable de personas, o actos individuales, siempre dirigidos a un sólo sujeto de derecho. Como consecuencia, se concluye, resulta que los actos generales pueden ser tanto de efectos generales como de efectos particulares; y los actos de efectos particulares pueden ser tanto generales como individuales.

ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Titularidad/(Salvamento de Voto)

Los actos administrativos objeto de enjuiciamiento a través del contencioso de nulidad o de anulación son los "actos de efectos generales" o de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, y los "actos de efectos particulares de contenido NO NORMATIVO, bien dirigidos a un grupo determinado o determinable de personas (acto general), o a un sólo sujeto de derecho (actos individuales), siempre que no se persiga el restablecimiento del derecho o éste no surja automáticamente de la anulación del acto acusado y que, por otra parte, cuando el acto administrativo sea demandado por persona diferente al destinatario de los efectos de aquel, la ley haya radicado la titularidad de la acción contenciosa de nulidad en cualquier persona, como acontece con los actos electorales, los relativos a la adjudicación de baldíos, los de registro de marcas de fábrica, o los de permiso, concesión, licencia o autorización que tengan relación con el medio ambiente (art. 77 de la Ley 99 de 1993). En el presente caso, por estarse en presencia de un acto administrativo de efectos particulares dirigido a un grupo determinado o determinable de personas, no promovido por éstas, sino por otra persona no destinataria del acto, no investida expresamente por la ley de la titularidad de la acción de nulidad, según la precisión jurisprudencial de esta Sección, debió concluirse que la acción propuesta era improcedente por falta del presupuesto procesal de la *LEGITIMATIO AD PROCESSUM,* y, en consecuencia, confírmase la providencia suplicada.

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

Salvamento de Voto: *del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2756. Actor: Lucy Cruz de Quiñones.

Modernamente la doctrina ha expresado que se incurre en una imperfección, al confundir los "actos de efectos generales" con los "actos generales" y los "actos de efectos particulares" con los "actos individuales", cuando en realidad se trata de dos clasificaciones de los actos jurídicos estatales totalmente distintas, basadas, una en relación al número de destinatarios del acto y la otra en relación con sus efectos.

En efecto, se ha dicho, una primera clasificación de los actos estatales atiende exclusivamente al número de sus destinatarios, según sean una pluralidad de sujetos o un sólo sujeto de derecho. Bajo este ángulo, los actos estatales se clasifican en generales o individuales. Los actos generales son los que están dirigidos a una pluralidad de destinatarios, determinados o indeterminados; y estos actos generales pueden ser o de efectos generales, es decir, de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, o de efectos particulares, es decir, de carácter concreto no normativo, dirigidos a un grupo determinado o determinable de sujetos. En cambio los actos individuales son los dirigidos a un sujeto de derecho y que, por tanto, tienen siempre efectos particulares.

La clasificación entre actos generales y actos individuales, no apunta a sus efectos, sino al número de sus destinatarios: un acto general es el que está dirigido a un número indeterminado de personas o a un grupo determinado o determinable de sujetos; un acto individual, al contrario, sería el que tiene por destinatario a un sujeto de derecho.

Pero según sus efectos, los actos estatales pueden ser clasificados en forma distinta, y se distinguen así, los actos "**de efectos generales**", es decir, de contenido normativo y que por tanto, crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales; y los actos de "**efectos particulares**" que son aquellos de contenido normativo, es decir, que crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares. Bajo este ángulo, la clasificación de los actos administrativos puede realizarse así: los actos de efectos generales son los de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos; en cambio, los actos de efectos particulares son de contenido no normativo y estos a su vez pueden ser o actos generales, dirigidos a un grupo determinado o indeterminable de personas, o actos individuales, siempre dirigidos a un sólo sujeto de derecho.

Como consecuencia, se concluye, resulta que los actos generales pueden ser tanto de efectos generales como de efectos particulares; y los actos de efectos particulares pueden ser tanto generales como individuales.

La doctrina y la jurisprudencia colombiana no ha llegado a ese estadio, y, por ello, simplemente habla de actos de contenido o carácter general, impersonal y objetivo (contenido normativo), y actos de carácter individual, particular, concreto o subjetivo (contenido no normativo), en la medida en que sus efectos van dirigidos a "los sujetos ... efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación".

extinguen situaciones jurídicas generales; y los actos de "efectos particulares" que son aquellos de contenido normativo, es decir, que crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares. Los actos de efectos generales son los de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos; en cambio, los actos de efectos particulares son de contenido no normativo y estos a su vez pueden ser o actos generales, dirigidos a un grupo determinado o indeterminable de personas, o actos individuales, siempre dirigidos a un sólo sujeto de derecho. Como consecuencia, se concluye, resulta que los actos generales pueden ser tanto de efectos generales como de efectos particulares; y los actos de efectos particulares pueden ser tanto generales como individuales.

ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Titularidad/(Salvamento de Voto)

Los actos administrativos objeto de enjuiciamiento a través del contencioso de nulidad o de anulación son los "actos de efectos generales" o de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, y los "actos de efectos particulares de contenido NO NORMATIVO, bien dirigidos a un grupo determinado o determinable de personas (acto general), o a un sólo sujeto de derecho (actos individuales), siempre que no se persiga el restablecimiento del derecho o éste no surja automáticamente de la anulación del acto acusado y que, por otra parte, cuando el acto administrativo sea demandado por persona diferente al destinatario de los efectos de aquel, la ley haya radicado la titularidad de la acción contenciosa de nulidad en cualquier persona, como acontece con los actos electorales, los relativos a la adjudicación de baldíos, los de registro de marcas de fábrica, o los de permiso, concesión, licencia o autorización que tengan relación con el medio ambiente (art. 77 de la Ley 99 de 1993). En el presente caso, por estarse en presencia de un acto administrativo de efectos particulares dirigido a un grupo determinado o determinable de personas, no promovido por éstas, sino por otra persona no destinataria del acto, no investida expresamente por la ley de la titularidad de la acción de nulidad, según la precisión jurisprudencial de esta Sección, debió concluirse que la acción propuesta era improcedente por falta del presupuesto procesal de la *LEGITIMATIO AD PROCESSUM*, y, en consecuencia, confírmase la providencia suplicada.

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

Salvamento de Voto: *del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2756. Actor: Lucy Cruz de Quiñones.

Modernamente la doctrina ha expresado que se incurre en una imperfección, al confundir los "actos de efectos generales" con los "actos generales" y los "actos de efectos particulares" con los "actos individuales", cuando en realidad se trata de dos clasificaciones de los actos jurídicos estatales totalmente distintas, basadas, una en relación al número de destinatarios del acto y la otra en relación con sus efectos.

En efecto, se ha dicho, una primera clasificación de los actos estatales atiende exclusivamente al número de sus destinatarios, según sean una pluralidad de sujetos o un sólo sujeto de derecho. Bajo este ángulo, los actos estatales se clasifican en generales o individuales. Los actos generales son los que están dirigidos a una pluralidad de destinatarios, determinados o indeterminados; y estos actos generales pueden ser o de efectos generales, es decir, de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, o de efectos particulares, es decir, de carácter concreto no normativo, dirigidos a un grupo determinado o determinable de sujetos. En cambio los actos individuales son los dirigidos a un sujeto de derecho y que, por tanto, tienen siempre efectos particulares.

La clasificación entre actos generales y actos individuales, no apunta a sus efectos, sino al número de sus destinatarios: un acto general es el que está dirigido a un número indeterminado de personas o a un grupo determinado o determinable de sujetos; un acto individual, al contrario, sería el que tiene por destinatario a un sujeto de derecho.

Pero según sus efectos, los actos estatales pueden ser clasificados en forma distinta, y se distinguen así, los actos "**de efectos generales**", es decir, de contenido normativo y que por tanto, crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales; y los actos de "**efectos particulares**" que son aquellos de contenido normativo, es decir, que crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares. Bajo este ángulo, la clasificación de los actos administrativos puede realizarse así: los actos de efectos generales son los de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos; en cambio, los actos de efectos particulares son de contenido no normativo y estos a su vez pueden ser o actos generales, dirigidos a un grupo determinado o indeterminable de personas, o actos individuales, siempre dirigidos a un sólo sujeto de derecho.

Como consecuencia, se concluye, resulta que los actos generales pueden ser tanto de efectos generales como de efectos particulares; y los actos de efectos particulares pueden ser tanto generales como individuales.

La doctrina y la jurisprudencia colombiana no ha llegado a ese estadio, y, por ello, simplemente habla de actos de contenido o carácter general, impersonal y objetivo (contenido normativo), y actos de carácter individual, particular, concreto o subjetivo (contenido no normativo), en la medida en que sus efectos van dirigidos a "los sujetos ... efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación".

Y, de acuerdo con ello, se ha dicho por esa misma doctrina y jurisprudencia nacional que el contencioso de nulidad, por regla general, es procedente contra el acto administrativo de contenido o carácter general (contenido normativo), y por excepción contra actos de carácter individual, particular y concreto (contenido no normativo), cuando no se busque expresamente el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, o la declaratoria de nulidad no conlleva el restablecimiento automático del derecho particular lesionado, con la precisión o complementación hecha por esta Sección en providencia de agosto 2 de 1990, que no ha sido objeto de pronunciamiento por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Para el suscrito Consejero, para efectos del ejercicio de la acción contencioso administrativa, por lo que atañe en especial a la titularidad de la acción y a la existencia o no de plazo o término de caducidad, según se trate de la acción de nulidad o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario que la nueva legislación procesal, o en su defecto, la jurisprudencia como ha acontecido desde hace muchos años, tenga en cuenta esas clasificaciones del derecho moderno, y llegue a la conclusión de que los actos administrativos objeto de enjuiciamiento a través del contencioso de nulidad o de anulación son los "actos de efectos generales" o de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, y los "actos de efectos particulares de contenido NO NORMATIVO, bien dirigidos a un grupo determinado o determinable de personas (acto general), o a un sólo sujeto de derecho (actos individuales), siempre que no se persiga el restablecimiento del derecho o este no surja automáticamente de la anulación del acto acusado y que, por otra parte, cuando el acto administrativo sea demandado por persona diferente al destinatario de los efectos de aquel, la ley haya radicado la titularidad de la acción contenciosa de nulidad en cualquier persona, como acontece con los actos electorales, los relativos a la adjudicación de baldíos, los de registro de marcas de fábrica, o los de permiso, concesión, licencia o autorización que tengan relación con el medio ambiente (art. 77 de la ley 99 de 1993).

En el presente caso, por estarse en presencia de un acto administrativo de efectos particulares dirigido a un grupo determinado o determinable de personas, no promovido por éstas, sino por otra persona no destinataria del acto, no investida expresamente por la ley de la titularidad de la acción de nulidad, según la precisión jurisprudencial de esta Sección, debió concluirse que la acción propuesta era improcedente por falta del presupuesto procesal de la *LIGITIMATIO AD PROCESSUM,* y, en consecuencia, confirmarse la providencia suplicada.

Atentamente,

Miguel González Rodríguez.
Consejero de Estado

Fecha *Ut Supra.*

ICEL-Reestructuración/**ICEL**-Naturaleza Jurídica/**GOBIERNO NACIONAL**-Facultades

En lo concerniente al cambio de naturaleza jurídica del ICEL, la Sala como en otras oportunidades, aquí también advierte que no le asiste razón al demandante. En efecto, son inherentes a la estructura de una entidad, entre otros aspectos, los relativos a la determinación de su naturaleza jurídica, el señalamiento de sus objetivos, órganos de dirección y administración, funciones de estos y bienes que conforman su patrimonio. De tal suerte que cuando se habla de reestructurar, ha de entenderse esta acepción como un cambio o modificación en la estructura, esto es, una variación en todos o algunos de los elementos que la integran. Luego, si el artículo transitorio 20 facultó al Gobierno Nacional para introducir modificaciones en la estructura de las entidades allí relacionadas, bien podía éste, cambiar la naturaleza jurídica de las mismas, ampliar y reducir sus objetivos, incrementar o disminuir sus funciones y, en general, disponer las modificaciones necesarias para adaptarlas a las necesidades del servicio conforme a los mandatos que la reforma constitucional reclama.

PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL/DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia/**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**-Naturaleza/**SUPRESION DE EMPLEOS/GOBIERNO NACIONAL**-Facultades

Cuando de la aplicación del principio de la primacia del interés general se trata no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un

cargo o empleo o a no ser desvinculados del mismo en razón de la inscripción en la carrera administrativa. Y teniendo los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en la norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar como causal de retiro la supresión de un cargo o empleo como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión de la entidad, por lo cual no se transgrede el artículo 125 de la Carta, sino que por armonía guarda relación con él.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2378. Decretos del Gobierno. Actor: Rafael Mantilla Ruiz.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro de la acción de nulidad propuesta por el acto de la referencia contra los artículos 1, 2, 4, y 6 al 29 del Decreto No. 2120 de 29 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se modifican los estatutos básicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-".

NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS

Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda se citan como normas violadas, por parte del decreto acusado, las contenidas en el preámbulo y en los artículos 1; 2; 5; 22; 25; 42; 44; 53; 58; 93; 122; 123; 125; 150, numeral 7; 153; 189, numerales 14, 15 y 16; 209; 210 inciso 1; 345; 365; 374 y transitorios 20 y 21 de la Constitución Nacional.

En la demanda se formulan contra el acto impugnado los cargos que a continuación la Sala extracta y sintetiza así:

Primer cargo. Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional. Se esgrimen los siguientes argumentos:

Mediante el decreto inpugnado no se realizó ninguna reestructuración del establecimiento público, sino una transformación que dadas las condiciones en que fue hecha implica una supresión del establecimiento para dar lugar a la creación de una empresa industrial y comercial. Así se deduce de lo establecido en los artículos 1o., 2o. y 8o. del acto censurado, según los cuales se cambia su naturaleza jurídica, se indican su objeto y funciones y se elimina la tutela administrativa que ejercía sobre las empresas del sector eléctrico.

Respecto a este cargo se dice que las facultades otorgadas al Gobierno en el artículo transitorio 20 de la Carta lo fueron para "suprimir, fusionar o reestructurar", los

entes allí señalados, más no para crear entes administrativos, facultad exclusiva del Congreso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150, numeral 7 de la Constitución Nacional.

Se arguye también que la transformación del ICEL no está en consonancia con la Carta Política ni con los fines que persigue su artículo transitorio 20, ya que desconoce los preceptos constitucionales en relación con dicha facultad y vulnera los derecho laborales de los empleados públicos.

Se agrega así mismo que el Gobierno no tuvo en cuenta la evaluación y recomendación de los Consejeros de Estado integrantes de la Comisión que se conformó para el efecto en cuanto al alcance de las facultades, la improcedencia de la supresión automática de empleos y de la indemnización frente a los empleados de carrera.

Finalmente, en cuanto a este cargo se refiere, se anota que el Gobierno viola el artículo transitorio 20 pues excedió el término de 18 meses que éste le concedió para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la administración nacional, cuando en el artículo 24 del acto acusado dispone que la Junta Directiva del ICEL procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal, que sean necesarias, dentro de los seis meses siguientes a la vigencia del mismo.

Segundo cargo. Violación del artículo 150, numeral 7o. de la Constitución Nacional.

Este cargo se sustenta afirmando que la facultad exclusiva para crear empresas industriales y comerciales del Estado o para autorizar su constitución la tiene el Congreso, no el Gobierno Nacional.

Tercer cargo. Violación de los artículos 209; 210 inciso 1o.; 345; 365 y 374 de la Constitución Nacional.

En este punto se anota que con el decreto acusado no se cumplen los principios enunciados en el artículo 209 de la Carta, pues dicho cumplimiento está supeditado a la Constitución y a la Ley y no permite el desconocimiento de otros principios consagrados en la Carta y en tratados internacionales como los atinentes a la carrera administrativa y al derecho al trabajo.

Se dice a su vez que los artículos 14, 15, 16, 22 y 28 del acto impugnado violan el artículo 345 de la Carta, porque todo gasto público debe ser decretado previamente por el Congreso, y los gastos para la ejecución de dicho decreto son diferentes a los señalados en las respectivas partidas presupuestales para cumplir con la finalidad de las entidades descentralizadas de la administración.

Además, que el artículo 8o. del Decreto 2120 de 1992 viola el artículo 365 de la Constitución, si en cuenta se tiene que la electricidad es un servicio público esencial que

el Estado debe asegurar en sumo grado su eficiente prestación y que es la ley la competente para determinar el régimen jurídico a que están sometidos los servicios públicos.

Cuarto cargo. Violación del preámbulo y de los artículos 1, 2, 5, 22, 42, 44, 93 y 94 de la Constitución por los artículos 9 a 23 del acto acusado porque desconoce el derecho al trabajo, genera inestabilidad en los cargos, desconoce la carrera administrativa y los tratados internacionales que consagran la igualdad de los trabajadores.

Quinto cargo. Violación de los artículos 25, 53, 58, 123 y 125 de la Constitución, porque los artículos 9 al 23 del acto impugnado establecen la supresión de los empleos públicos mediante la indemnización y bonificaciones, a todas luces lesivas de la justicia, la igualdad, la libertad y la estabilidad laboral de los empleados públicos del ICEL como establecimiento público.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas por el señor apoderado del Ministerio de Minas y Energía, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión. En síntesis son las siguientes:

1. Con relación al primer cargo, el artículo 1o. del decreto acusado transformó el establecimiento público ICEL en una empresa industrial y comercial del Estado y lo hizo con base en la atribución conferida por el artículo transitorio 20 de la Carta Política al Gobierno para reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, y lo que se hizo fue transformar y no crear una empresa ya preexistente.

2. Respecto de la violación del artículo transitorio 20, observa la demandada que la naturaleza jurídica del ICEL se la dio la ley y esa misma ley la podía modificar, como en efecto lo hizo en el decreto con fuerza de ley, ahora demandado.

3. Refiriéndose a que el acto acusado no está en consonancia con la Constitución Política, manifiesta la defensa que lo que se ha querido en la reestructuración que se analiza es fortalecer y agilizar la gestión del Estado en asuntos tan sensibles al interés general como es la prestación del servicio público de energía.

4. En cuanto a la afirmación de que no se tuvo en cuenta a la Comisión, este cargo carece de absoluta veracidad, porque la Comisión creada en desarrollo del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, fue atentamente escuchada por el Gobierno antes de la expedición de los decretos emanados de la misma disposición constitucional.

5. En relación con el exceso de plazo manifiesta el defensor, que la decisión de reestructurar el ICEL, la expidió el Gobierno dentro del plazo de 18 meses que le obliga; que los seis meses establecidos en el decreto acusado no se refieren a la decisión de reestructurar el ICEL, sino a los actos de ejecución del decreto con fuerza de ley, dictado por el Gobierno; que son actos administrativos y las funciones de la Junta Directiva del ICEL, que bien puede la ley regular, pues es materia de su competencia.

6. Respecto del artículo 150 numeral 7o. y el artículo 210 de la Constitución Nacional, afirma la defensa que si no ha habido tal "CREACION" menos podría haber transgresión constitucional de que trata este cargo.

7. No hay violación del artículo 209 porque es la misma Constitución Política la que consagró los principios rectores a que debe estar sometida la administración pública. Por otra parte es la misma Constitución la que en el artículo transitorio 20 ordenó al Gobierno Nacional reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional, uno de los cuales es el repertorio de principios establecidos para el desarrollo de la función administrativa.

Por otra parte, la función administrativa está al servicio de los intereses generales, constituyéndose el interés general, en el criterio rector siempre que se trate de aplicar los principios establecidos en la mencionada disposición.

8. Respecto a la presunta violación del artículo 365 de la Carta Política, recuerda la defensa que el acto acusado es un decreto con fuerza de ley y que el Ministerio de Minas y Energía, gracias a la reestructuración que se le introdujo quedó investido de poderosas facultades de intervención, regulación, inspección y vigilancia sobre la totalidad del sector eléctrico, sobre funciones generales del Ministerio.

9. En lo referente a los cargos 4 y 5 dice la demandada, es importante tener en cuenta que nuestra República no está fundada exclusivamente en el derecho al trabajo, está también la prevalencia del interés general, ya que todos los derechos constitucionales de naturaleza laboral están enmarcados en su ejercicio dentro de los intereses que impone la "prevalencia del interés general".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En esta oportunidad la señora delegada del Ministerio Público ante esta Corporación, se remite a lo expresado por esta Sección en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309, por considerar que este fallo "contiene satisfactoria y ponderada respuesta a cada uno de los argumentos de la demanda, análogos a los que trae el libelo que da origen al presente proceso".

Es así como sintetizando lo expresado en el prealudido fallo manifiesta que la función excepcional transitoria dada al Gobierno en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional es de naturaleza legislativa, mediante las cuales y dentro del término fijado (18 meses) podía derogar, subrogar, modificar las normas existentes relativas a la estructura de las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta del orden nacional.

Recuerda así mismo la señora Procuradora Delegada que la función de reestructurar, fusionar o suprimir entidades es ajena a la de suprimir, fusionar o crear empleos y consecuencia lógica de suprimir estos es la desvinculación de las personas que venían desempeñándolos sin que esto implique desconocimiento del derecho del trabajo.

Por lo anterior la representante del Ministerio Público estima que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El actor al formular los cargos primero, segundo y tercero considera violados los artículos 150 numeral 7 y 365 de la Constitución Nacional. En los dos primeros casos porque es el Congreso el que tiene la facultad para crear entes administrativos y no el Gobierno Nacional, y en el último porque es la ley la competente para determinar el régimen jurídico a que están sometidos los servicios públicos.

Al respecto la Sala reitera lo expresado en varias oportunidades en el sentido de que las facultades otorgadas al Presidente de la República a través del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por las materias que regula, que son las mismas que la Carta le atribuye al Congreso (artículo 50, numeral 7 de la Constitución Nacional), tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar inhabilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno.

Significa lo anterior que los actos que dicta el Presidente de la República en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley y por lo tanto a través de ellas podía dictar las mismas normas para cuya expedición está habilitado el Congreso.

En lo concerniente al cambio de naturaleza jurídica del ICEL, la Sala como en otras oportunidades, aquí también advierte que no le asiste razón al demandante. En efecto, son inherentes a la estructura de una entidad, entre otros aspectos, los relativos a la determinación de su naturaleza jurídica, el señalamiento de sus objetivos, órganos de dirección y administración, funciones de estos y bienes que conforman su patrimonio. De tal suerte que cuando se habla de reestructurar, ha de entenderse esta acepción como un cambio o modificación en la estructura, esto es, una variación en todos o algunos de los elementos que la integran. Luego, si el artículo transitorio 20 facultó al Gobierno Nacional para introducir modificaciones en la estructura de las entidades allí relacionadas, bien podía éste, cambiar la naturaleza jurídica de las mismas, ampliar y reducir sus objetivos, incrementar o disminuir sus funciones y, en general, disponer las modificaciones necesarias para adaptarlas a las necesidades del servicio conforme a los mandatos que la reforma constitucional reclama. (Fallo de 15 de diciembre de 1993, expedientes acumulados 2391, 2367, 2429 y 2387, Magistrado Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez).

En lo que atañe al cargo de no haber tenido en cuenta el decreto acusado las recomendaciones y evaluaciones de la Comisión Asesora, la Sala estima que no tiene vocación de prosperidad ya que, como lo ha manifestado reiteradamente, la finalidad buscada por el Constituyente en el artículo transitorio 20 fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conocimientos en la materia,

asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así, quien vendría a asumir las facultades allí previstas habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma para llevarlas a efecto.

En relación con el señalamiento del plazo de seis meses siguientes a la vigencia del decreto para que la Junta Directiva del ICEL adicione la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas dentro del plazo de 18 meses, la Sala reiteradamente ha considerado que dicho plazo no puede tomarse como una prórroga de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional pues tal organismo tiene dichas funciones de carácter administrativo en forma permanente (artículo 26 literal b) del Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978) para lo cual no requiere 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.

En el tercer cargo además de la que ya se ha referido, se hacen al decreto otras dos censuras: Una consistente en que desconoce principios consagrados en la Carta Política y en tratados internacionales atinente a la carrera administrativa y al derecho al trabajo, y la otra, en que viola el artículo 345 de la Constitución Nacional porque todo gasto público debe ser decretado previamente por el Congreso y los gastos para la ejecución del decreto son diferentes a los señalados en las respectivas partidas presupuestales.

La primera de estas censuras está intimamente relacionada con las formuladas en los cargos cuarto y quinto de la demanda. En estos se agrega que el acto impugnado genera inestabilidad en los cargos, viola el principio de la igualdad de los trabajadores y establece la supresión de los empleos públicos mediante indemnizaciones y bonificaciones, a todas luces lesivas de la justicia y de la libertad.

Respecto a la supuesta violación del derecho al trabajo y de las garantías de éste aludidas por el actor, la Sala reiteradamente ha expresado que cuando el Constituyente confirió al Gobierno Nacional las facultades de que trata el artículo transitorio 20, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos y empleos que demandara las necesidades del servicio, ello en desarrollo de la aplicación del principio de la primacía del interés general sobre el particular, lo que no exonera al Estado de la obligación de indemnizar, a través de indemnizaciones y bonificaciones, los perjuicios que se puedan irrogar a los titulares de aquellas, como consecuencia de la decisión adoptada.

También ha estimado la Sala que cuando de la aplicación del principio de la primacía del interés general se trata no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculados del mismo en razón de la

inscripción en la carrera administrativa. Y teniendo los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en la norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar como causal de retiro la supresión de un cargo o empleo como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión de la entidad, por lo cual no se transgrede el artículo 125 de la Carta, sino que por armonía guarda relación con él.

Ahora, según criterio de la Sala, expresado al hacer referencia a cargos similares, "...la circunstancia de diferencia para efectos de reconocer y pagar indemnización o bonificación a los empleados que al momento de la supresión de su empleo tengan o no causado el derecho a una pensión... no implica discriminación por las razones a que se refiere el postulado de igualdad en el citado artículo 13 de la Constitución. Además, obsérvese que en este caso no se encuentra en la misma situación el empleado a quien se le suprime el cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad y en el momento de dicha supresión tenga causado el derecho a una pensión, de aquel que en circunstancia similar no tiene derecho causado a gozar de esta prestación". (Sentencia de 20 de enero de 1994, Magistrado Ponente, doctor Miguel González Rodríguez, Expediente No. 2455).

De otro lado, el cargo formulado al decreto consistente en la violación del artículo 345 de la Constitución Nacional tampoco tiene vocación de prosperidad, pues tal como también lo ha expresado la Sala frente a censuras similares, el Gobierno Nacional, tal como lo prescribe el artículo 189 numeral 14 de la Carta, puede crear con cargo al tesoro obligaciones siempre y cuando no excedan el monto global fijado para el respectivo presupuesto en la ley de apropiaciones iniciales, aspecto este último que no ha sido probado en el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de la señora Procuradora Primero Delegada ante esta Corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 10 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

FOCINE-Supresión/GOBIERNO NACIONAL-Facultades/PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL

Las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y 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 se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnización o bonificaciones.

COMISION ASESORA DEL GOBIERNO

La finalidad buscada por el constituyente en el artículo transitorio 20 fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conceptos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha Comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así, quien vendría a asumir las facultades allí previstas habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma tansitoria para llevarlas a efecto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2445. Decretos del Gobierno. Actora: Liliana Rosa Valdés Baquero.

Le corresponde a la Sala proferir sentencia de única instancia dentro de la acción propuesta por la actora de la referencia contra el Decreto 2125 del 29 de diciembre de 1992, "Por la cual se suprime la Compañía de Fomento Cinematrográfico, FOCINE", dictado por el Presidente de la República con las firmas de los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social, de Comunicaciones y del Director del Departamento Administrativo de Servicio Civil, llamado ahora de la Función Pública, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda se citan como normas violadas las contenidas en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 58, 25, 125, 365, 366 y transitorio 20 de la Constitución Nacional.

Del concepto de violación expresado por la actora se deduce que contra el Decreto 2125 se formulan los cargos, que la Sala extracta y sintetiza así:

Primer cargo. Violación del derecho al trabajo por parte de los artículos 1, 2 y 5 del acto impugnado.

Dice al respecto en síntesis la demandante que el Decreto 2125 al suprimir la Compañía de Fomento Cinematográfico desconoce el postulado básico del trabajo resaltado en el preámbulo de la Constitución, pues desprotege absolutamente un número considerable de ciudadanos frente a ese derecho fundamental.

Segundo cargo. Violación del artículo 2o. de la Constitución Nacional.

El Gobierno Nacional en vez de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, los ha violado pues atenta contra el trabajo, la dignidad humana y el estado social de derecho. En este sentido la demandante acusa concretamente los artículos 1, 6, 8, 9, 10, 11 y 12 del decreto acusado.

Tercer cargo. Violación de los artículos 25 y 125 de la Carta Política.

Dice al respecto la actora que el acto impugnado atenta contra el derecho a la estabilidad, uno de los principios mínimos de todo estatuto de trabajo y que tratar de pagar indemnización a los funcionarios de FOCINE, es atentar contra el principio de igualdad y otros principios mínimos fundamentales.

Cuarto cargo. Violación de los artículos 365 y 366 de la Carta Suprema.

En este punto la demanda se limita a señalar que al no prestarse el servicio se atenta contra los postulados contenidos en los precitados artículos y que sólo la ley es la que puede establecer el régimen jurídico de los servicios públicos.

Quinto cargo. Violación del artículo 58 de la Constitución Política.

En el concepto de violación expresado para fundamentar este cargo, la demandante anota que el acto impugnado desconoce el derecho a la estabilidad que los empleados de FOCINE han adquirido, al permitir la desvinculación cancelando una simple indemnización. Por la razón anterior se acusan concretamente los artículos 20 y 21 del Decreto 2125 de 1992.

Sexto cargo. Violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

Consiste esta acusación en que no se acataron las recomendaciones de la Comisión de expertos creada para los afectos de reestructuración, fusión o supresión de las entidades. Recuerda aquí la actora que los representantes del Consejo de Estado en dicha comisión se opusieron radicalmente a que se suprimiera FOCINE y que en su lugar se reestructurara para un mejor cumplimiento de sus objetivos.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas por el señor apoderado de la Nación -Ministerio de Comunicaciones-, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión.

En ella se expresa, en síntesis lo siguiente:

Mediante el Decreto 2125 de 1992, el Gobierno Nacional se limitó a ejercer la facultad que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, para suprimir entidades de la rama ejecutiva nacional, facultad que conlleva necesariamente la supresión de empleos allí existentes, sin que con tal medida se transgreda el derecho al trabajo si en cuenta se tiene que el artículo 1o. de la Carta Política establece como principio fundamental "la prevalencia del interés general", frente al cual debe inclinarse todo derecho individual, como claramente está preceptuado en el artículo 58 de la Carta con la clásica fórmula: "el interés privado deberá ceder al interés público o social", que la función de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades lleva ínsita la de suprimir los cargos o empleos y que, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado sentada con motivo de cargos similares, "no existe derecho adquirido a no ser movido del empleo por efectos de la reestructuración o modificación de la planta de personal y que la regulación de la carrera administrativa no confiere un derecho incondicional al empleado de permanecer en aquel, pues el interés particular no tiene primacía sobre el interés general o de grupos".

Respecto a la violación del artículo transitorio 20 de la Carta por no haberse acatado las recomendaciones de la Comisión de Expertos, la demandada en una nueva remisión a jurisprudencia del Consejo de Estado, señala que la evaluación y recomendaciones de dicha Comisión no tenían el carácter obligatorio para el Gobierno Nacional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación en este caso se remite a lo expuesto en sentencia de 9 de septiembre de 1993, dictada con ponencia del Magistrado Dr. Miguel González Rodríguez, por considerar que los cargos de la demanda fueron en aquella ocasión objeto de amplio debate.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los cargos primero, segundo, tercero y quinto la demandante acusa el Decreto 2125 de 1992 de vulnerar el derecho al trabajo, bien porque lo desprotege, porque atenta contra él o bien porque desconoce el derecho a la estabilidad que los empleados de FOCINE han adquirido, permitiendo la desvinculación a cambio de una simple indemnización.

Al respecto la Sala en diversos prununciamientos 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, ha entendido que las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y 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 se 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 estrutura 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 aquel 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". (Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes, Dres. José Gregorio Hernández G. y Alejandro Martínez C.).

Así mismo, en varios pronunciamientos, entre otros en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, actor Juan Manuel Arrieta y otra y de 11 de noviembre del mismo año, expediente No. 2451, actora María Consuelo Trujillo García, la Sala ha expresado:

"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 causales 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".

En el cuarto cargo la demanda no formula ninguna censura concreta contra el decreto ni da explicación alguna respecto del atentado contra los principios contenidos en los artículos 365 y 366 de la Constitución Nacional. Concretamente dice que sólo la ley es la que puede establecer el régimen jurídico de los servicios públicos.

En este punto procede repetir lo que la Sala ha señalado al decidir asuntos similares en el sentido de que los decretos que expide el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Carta, por las materias que regula, que son las mismas que la Constitución le atribuye al Congreso (artículo 150 numeral 7 de la Carta Política), tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar inhabilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno.

Significa lo anterior que los actos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley y por lo tanto a través de ellos podía dictar las mismas normas, para cuya expedición está habilitado el Congreso, dentro de las cuales están incluídas desde luego, las concernientes a la organización, dirección y reglamentación de los servicios públicos.

El sexto y último cargo dice relación con la violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional porque el Gobierno Nacional al expedir el decreto no acató las recomendaciones de la Comisión de Expertos conformada para el efecto.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Sobre este particular la Sala, en reiterados pronunciamientos ha considerado que la finalidad buscada por el Constituyente en el artículo transitorio 20, fue la de que expertos en derecho administrativo, en virtud de sus autorizados conceptos en la materia, asesoran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha Comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así, quien vendría a asumir las facultades allí previstas habría sido aquella y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarlas a efecto.

Por las razones anteriores, ninguno de los cargos formulados contra el Decreto 2125 de 1992, tiene vocación de prosperidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de la señora Procuradora Primero Delegada ante esta Corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 10 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES- Naturaleza/**GOBIERNO NACIONAL-**Facultades/**SUPRESION DE EMPLEOS/ PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL/DERECHOS ADQUIRIDOS-** Inexistencia

Las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el precepto 20 transitorio llevan ínsita la facultad de supresión de cargos o empleos. Para dar cumplimiento el Gobierno Nacional al mandato conferido en el artículo transitorio 20 podía apartarse de las regulaciones laborales previstas en otras normas de igual jerarquía a los decretos expedidos con fundamento en éste y de las consagradas en Convenciones Colectivas de Trabajo, entre otras razones, por cuanto de la aplicación del principio de la primacía del interés general sobre el particular se trata, no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa. LEVANTASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la frase "dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo", contenida en el artículo 20 del Decreto 2138 de 1992.

CAJA AGRARIA-Reestructuración

Los antecedentes del artículo transitorio 20 indican precisamente que las facultades y mandatos que en él se consagran se orientan a eliminar las entidades ineficientes e innecesarias o la duplicidad de funciones. En este caso, los mecanismos de crédito, las regulaciones sobre investigación en el campo agrícola y ganadero y la transferencia de tecnología son

materias de otras regulaciones legales y se hallan a cargo de diferentes entidades que, concurrentemente con la Caja Agraria, realizan los cometidos del Estado. El hecho de acentuar la descentralización a través de las regionales y fortalecer las dependencias de éstas dotando de nuevas funciones a la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para tal efecto, permite afirmar que hubo un cambio o modificación en la estructura de la Entidad. LEVANTASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la frase "dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo", contenida en el artículo 20 del Decreto 2138 de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2397. Acción: Nulidad. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero - SINTRACREDITARIO-.

El SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO -SINTRACREDITARIO-, a través de apoderado, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a que se declare la nulidad del Decreto No. 2138 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura parcialmente la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. CAUSA PETENDI

En apoyo de su pretensión adujo el demandante principalmente, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO:

Los artículos 6o. a 13 y 17 a 22 del Decreto 2138 de 1992, violan los artículos 13, 25, 29, 39 y 55 de la Constitución Política, en relación con los artículos 52 parágrafo 49, 55, 56, 60, 61, 63, 93, 94, 100, 106, 43 y 45 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, por lo siguiente:

Los artículos acusados definieron la reestructuración de la Caja Agraria de una manera tautológica a la desvinculación de los empleos o cargos.

El sinónimo de la reestructuración en la Caja Agraria encuentra su equivalente con la supresión de empleos de manera definitiva y la desvinculación de los propios

trabajadores, es decir, que las normas que se pretenden aplicar establecieron una relación de causa a efecto, toda vez que la reestructuración es la causa y la consecuencia es la terminación de la vinculación contractual, pretendiendo crear así una justa causa de terminación de los contratos y consagrando un régimen indemnizatorio sustancialmente diferente al de origen convencional. En este orden de ideas surge una manifiesta incompatibilidad con las disposiciones constitucionales y en particular frente al derecho al trabajo -derecho de asociación - derecho de negociación colectiva-, por cuanto siendo el trabajo un derecho y una obligación social que goza de la especial protección del Estado, y siendo el sujeto sindical el medio idóneo para lograr el mejoramiento de las condiciones de trabajo mediante las negociaciones colectivas, el decreto acusado elimina y contraría el régimen convencional existente en materia jubilatoria, indemnizatoria, de estabilidad, de derecho sindical y nuevas tecnologías.

Así, frente al régimen de estabilidad desconoció el decreto acusado el artículo 52 de la Convención que implica que cualquier reestructuración que pretenda hacer la Caja Agraria a través de su Junta Directiva no puede ser facultativa o discrecional sino reglada y sujeta a control convencional y partiendo de la premisa del respeto a los derechos adquiridos y continuidad de los beneficios y garantías convencionales.

Los derechos adquiridos consagrados en la Convención en materias como: jubilatoria (artículo 43), indemnizatoria (artículo 45), de estabilidad (artículo 49), régimen de traslados y promocional (artículos 55 y 56), régimen de despidos injustos (artículo 58), comisiones de reclamos y comités de recomendaciones y reclamos (artículos 60 y 61), aplicación del reglamento interno de trabajo (artículo 63), régimen sindical (artículos 93 y 94) y régimen de modernización y nuevas tecnologías (artículo 106), no podían ser vulnerados por el Ejecutivo al expedir el Decreto 2138.

SEGUNDO CARGO:

Los artículos 6o. a 13 y 17 a 22 del Decreto 2138 de 1992 violan los artículos 53 incisos 2o. y 4o., 54, 58 inciso 2o., 215, 333, 334 y 336 de la Constitución Política, en relación con la Ley 37 de 1967 que ratificó el Convenio 88 relativo a la organización del servicio del empleo que entró en vigor desde el 10 de agosto de 1950, pues la desvinculación de empleos o cargos es abiertamente contradictoria e incompatible con la nueva Constitución y en particular frente a los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados que hacen parte de la legislación interna, en lo que atañe a principios mínimos fundamentales tales como estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, primacía de la realidad sobre las formas, garantías de capacitación y adiestramiento, entre otros.

El régimen de desvinculación, de traslados, indemnizatorio y de adecuación de la planta de personal lo que hace es violentar el régimen convencional que constituye una garantía mínima para los trabajadores.

Siendo la Convención Colectiva ley para las partes, no puede ser desconocida ni por los empleadores ni por el Estado, pues su intervención tiene el propósito de dar

empleo a los recursos humanos y el desarrollo y ejecución de una política de empleo no puede aplicarse de manera automática sin sujetarse a los convenios internacionales que consagran la concertación a través de comisiones consultivas, para obtener la cooperación de representantes de los empleadores y trabajadores, de conformidad con las reglas formuladas por el Plan Nacional de Empleo.

TERCER CARGO:

Los artículos 2o. a 13 y 17 a 22 del Decreto 2138 de 1992 violan los artículos 64, 65, 66 y transitorio 20 de la Constitución Política, cuando se establece la composición de las regionales y se determinan las sucursales y agencias como una función de la Junta Directiva tomando como criterios la descentralización, desconcentración, racionalización, fijando un sistema de autonomía financiera, bancaria y administrativa, lo cual no está en consonancia con los mandatos de los artículos constitucionales citados, pues siendo la Caja Agraria la entidad rectora en la concesión del crédito agropecuario no se tienen en cuenta a los campesinos que son lo destinatarios del mismo.

Se hubiere requerido entonces que el Estado reestructurara la Caja Agraria teniendo en consideración a los trabajadores agrarios y a los campesinos con el propósito de incrementar la productividad pero dotando a la entidad de sistemas de crédito, comercialización, asistencia técnica, investigación y tecnología que convierta al campo en fuente de desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales.

CUARTO CARGO:

El Decreto 2138 de 1992 violó el artículo transitorio 20 así:

a): La redistribución de competencias y de recursos económicos y fiscales que hizo la Constitución Política no afectó la Caja de Crédito Agrario de modo que obligara a su reforma.

Las únicas disposiciones constitucionales nuevas que podrían invocarse para la reestructuración serían los artículos 64 a 66 pero no la contradictoria reducción de su aparato administrativo, como lo hizo el decreto acusado. No basta la cita del artículo transitorio 20, además que tales disposiciones no imponían el reajuste que operó en la entidad.

b): En los artículos 2o., 3o., 5o., 6o., 8o., 9o., 10o. y 20 el Gobierno empleó una modalidad de ejercicio de las facultades incompatibles con la preceptiva transitoria, pues, de una parte, las facultades especialísimas contenidas en ésta son de carácter legislativo y para su ejercicio debían tener en cuenta el término de 18 meses, además que no eran delegables en la Junta Directiva.

c): El decreto acusado no reestructuró la Caja Agraria, pues lo único que dispuso fueron criterios para que la Junta Directiva hiciera la reestructuración. El Gobierno no

modificó la estructura de la entidad y aunque acentuara la descentralización y fortaleciera las dependencia regionales, dejó a la Junta Directiva determinar la mera estructura, su tamaño, la jurisdicción de cada regional y su mayor o menor importancia.

d): La reestructuración por parte de la Junta Directiva (artículo 20 del decreto acusado) fuera del término previsto en el artículo transitorio 20 viola éste.

QUINTO CARGO:

El Decreto 2138 de 1992 en sus artículos 6o. a 22 viola el artículo 91 inciso 1o. de la Constitución Política, en relación con los artículos 232, 136, 152 del Código Penal, pues la desvinculación colectiva de los trabajadores constituye delito de pánico económico. Además, los artículos 11, 17, 18 y 22 establecen un régimen de erogación por vía indemnizatoria que afecta de manera notoria el presupuesto y constituye peculado por aplicación oficial diferente.

De otra parte, existiría abuso de autoridad al excederse los Directivos en el ejercicio de sus funciones. Basta mirar el artículo 20 acusado que contraría el artículo tansitorio 20 y la Convención Colectiva que es ley para las partes y que ordena respetar los derechos adquiridos.

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-. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de su pretensión, aduciendo al efecto, en esencia, lo siguiente:

1-. El decreto acusado no crea una nueva causal de despido sino que establece en beneficio de la Administración, y con respaldo en los principios constitucionales de eficiencia, economía, igualdad y rendimiento propios de la función administrativa, nuevos modos de terminación de la relación laboral que no están regulados en cuanto a sus efectos indemnizatorios ni por la Convención Colectiva ni por la ley vigente, por ello no viola éstas.

2-. Resulta claro a la luz de la Constitución, y para ello se ordenó la reforma administrativa, que la Administración no puede continuar funcionando ineficientemente ni con empleados que no se requieran, como lo previene el artículo 209 de aquella.

3-. La demanda parte del supuesto de que la reforma administrativa no tiene nada que ver con los principios que enmarcan en la Constitución de 1991 la función administrativa del Estado. Los antecedentes del artículo transitorio 20 indican precisamente que las facultades y mandatos que en él se consagran se orientan a eliminar las entidades ineficientes e innecesarias.

La intervención estatal no puede operar a través de una sóla entidad. Es esa la razón por la cual los mecanismos de crédito, las regulaciones sobre investigación en el campo agrícola y ganadero y la transferencia de tecnología son materias de otras regulaciones legales y se hallan a cargo de diferentes entidades que, concurrentemente con la Caja Agraria, realizan los cometidos del Estado.

4-. El decreto acusado introdujo cambios en la estructura de la entidad (artículos 2o. y 4o.).

La función de adoptar la estructura interna de las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado es una función de origen legal de las Juntas y Consejos Directivos y como tal, una ley puede señalarles los criterios de reorganización y en esa medida limitar los poderes en materia de restructuración de las dependencias. Así se colige de los términos concernientes a esa materia contenidos en los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968.

El reiterar el decreto acusado las funciones legales permanentes de la Junta Directiva no constituye prórroga de facultades legislativas.

5-. El decreto impugnado no ordena una desvinculación masiva de trabajadores y por sustracción de materia no merece refutación el cargo.

El cargo frente al régimen presupuestal revela el desconocimiento de las normas que regulan el gasto público y por ello carece de respaldo jurídico.

II.2-. En la etapa de alegaciones las partes reiteraron los puntos de vista expresados en la demanda y su contestación.

El Ministerio Público no hizo uso del derecho de alegar de conclusion.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los artículos 6o. a 13 y 17 a 22 del Decreto 2138 de 30 de diciembre de 1992 prevén la supresión de cargos o empleos en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; el pago de las indemnizaciones como consecuencia de tal desvinculación; la facultad de la Junta Directiva de la entidad para adecuar la planta de personal a la reestructuración efectuada y la autorización para que el Gobierno Nacional realice las operaciones y traslados presupuestales que se requieran para ejecutar las medidas adoptadas.

En relación con estas disposiciones el Sindicato demandante en los cargos primero y segundo aduce la violación de normas constitucionales y de la Convención Colectiva de trabajo por el desconocimiento de los derechos laborales adquiridos por los trabajadores de la entidad objeto de reestructuración.

Sobre el particular, cabe advertir:

Esta Corporación en diversos pronunciamientos a partir de la sentencia de 9 de septiembre de 1993, Expediente No. 2309, actor: Juan Manuel Arrieta Herrera y otro,

Consejero ponente, doctor Miguel González Rodríguez, ha precisado que las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el precepto 20 transitorio llevan ínsita la facultad de supresión de cargos o empleos. De tal manera que si la voluntad del Constituyente fue la de que dentro del término de 18 meses, contado a partir de la entrada de vigencia de la Constitución, el Gobierno Nacional suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades que allí se mencionan y para cumplir los fines allí previstos, de antemano facultó a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos como consencuencia de la reestructuración en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento del daño que se cause a su titular en aras del interés público.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, expresó:

> "...El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estrutura 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 aquel 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, ha reiterado la Corporación que como quiera que las facultades excepcionales otorgadas al Gobierno Nacional en la norma transitoria tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por la materia que regulan, que es la misma que la Carta atribuye al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o. *ibídem*, en ejercicio de las mismas bien podía aquel consagrar como causal de retiro la supresión de cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión, lo cual guarda armonía con el precepto constitucional previsto en el artículo 125.

Significa lo precedente que para dar cumplimiento el Gobierno Nacional al mandato conferido en el artículo transitorio 20 podía apartarse de las regulaciones

laborales previstas en otras normas de igual jerarquía a los decretos expedidos con fundamento en éste y de las consagradas en Convenciones Colectivas de Trabajo, entre otras razones, por cuanto cuando de la aplicación del principio de la primacía del interés general sobre el particular se trata, no puede hablarse de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa.

Lo anterior conduce a la Sala a desestimar los cargos en estudio.

En lo concerniente a los cargos tercero y cuarto, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

a): El artículo 3o. del decreto acusado atribuye como función de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, la de organizar las regionales con sujeción a los criterios de descentralización, desconcentración, racionalización y adecuada cobertura del crédito y de los servicios bancarios.

b): Según se lee en el Acta No. 11 de 16 de diciembre de 1992 (folio 21 cuaderno de anexos No. 1), la reestructuración de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero busca, a través de la posiblidad de establecer y modificar regionales, que gozan de autonomía administrativa, crediticia y de tesorería, una estructura más ágil y eficiente que permita cumplir a cabalidad con los mandatos constitucionales en materia de fomento y apoyo crediticio al sector agropecuario.

Lo anterior pone de relieve que el decreto acusado no ha abandonado, sino por el contrario fortalecido, la bandera de la entidad en cuanto al fomento y apoyo crediticio del sector agropecuario y por lo mismo no puede imputársele la violación de los artículos 64 y 66.

De otra parte, y en esto asiste razón al apoderado de la demandada, los antecedentes del artículo transitorio 20 indican precisamente que las facultades y mandatos que en él se consagran se orientan a eliminar las entidades ineficientes e innecesarias o la duplicidad de funciones. En este caso, los mecanismos de crédito, las regulaciones sobre investigación en el campo agrícola y ganadero y la transferencia de tecnología son materias de otras regulaciones legales y se hallan a cargo de diferentes entidades que, concurrentemente con la Caja Agraria, realizan los cometidos del Estado, como es el caso del ICA.

Además una de las innovaciones que trajo la reforma constitucional fue la de erigir como principios de la función administrativa, entre otros, el de la eficacia, mediante la descentralización, delegación y desconcentración de funciones, aspectos estos que se resaltan en el artículo 3o. del decreto cuestionado y que según se vio en la discusión del proyecto de reestructuración, fue la prencipal finalidad del mismo.

c): El hecho de acentuar la descentralización a través de las regionales y fortalecer las dependencias de estas dotando de nuevas funciones a la Junta Directiva de la Caja

de Crédito Agrario Industrial y Minero para tal efecto, permite afirmar que hubo un cambio o modificación en la estructura de la entidad.

Ahora bien, en lo que atañe a la adecuación de la planta de personal, como lo ha expresado en repetidas ocasiones la Sala, es una función de carácter administrativo que la ley (Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968) le ha asignado en forma pemanente a las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, para cuyo ejercicio no requieren de autorización expresa ni del señalamiento de plazo alguno, que difiere por lo mismo de la facultad legislativa, excepcional y transitoria a que se contrae el artículo transitorio 20, que es, como ya se dijo, de carácter legislativo, razón potísima para afirmar que la preceptiva del artículo 20 del decreto acusado no contiene una prórroga del término fijado en aquel, lo cual hace que deba levantarse la medida de suspensión provisional de sus efectos decretada en proveído de 4 de junio de pasado, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

d): En cuanto respecta a las recomendaciones de la Comisión Asesora y la omisión de éstas por parte del Gobierno Nacional a que alude el hecho tercero de la demanda, la Sala estima, como lo ha hecho en otros pronunciamientos, que ellas no tenían carácter obligatorio para el Gobierno Nacional, único destinatario y titular de las facultades previstas en el artículo transitorio 20, y que la tarea de la Comisión Asesora se limitaba a ilustrar, aconsejar o sugerir, pudiendo aquel adoptar las decisiones independientes de las observaciones de ésta.

Por los anteriores razonamientos habrán de desestimarse los cargos tercero y cuarto.

Finalmente, y en lo tocante al quinto cargo por violación de normas del Código Penal, para la Sala no tiene vocación de prosperidad ya que, de una parte, del texto del decreto acusado no se infiere desvinculación colectiva ilegal de trabajadores, como lo sostiene el apoderado del actor, si se tiene en cuenta que la norma acusada tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, y, de otra parte, los efectos que se produzcan tanto en materia laboral como presupuestal resultarían así autorizados por la ley.

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

FALLA:

1o): DENIEGANSE las súplicas del libelo demandatorio.

2o): LEVANTASE la suspensión provisional de los efectos de la frase "...dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo", contenida en el artículo 20 del Decreto 2138 de 1992.

3o): Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 17 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/PARQUE AUTOMOTOR-Incremento/**TAXI/ALCALDE MAYOR-**Facultades/**GOBIERNO NACIONAL-**Facultades/**DELEGACION DE FUNCIONES-**Improcedencia/**REPOSICION DEL EQUIPO AUTOMOTOR**

Como el tema regulado por el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá (reposición del equipo automotor y reglamentación del ingreso de vehículos clase taxi al servicio público), no es equivalente a la fijación de tarifas de transporte urbano, intermunicipal o interdepartamental, ni a la forma de pago o a la prestación del servicio de transporte que por la Ley 15 de 1959 le corresponde al empleador en beneficio del empleado, se presenta la violación del artículo 1o. de la precitada ley, por parte del decreto impugnado por haber excedido éste los términos de la delegación contemplados en ella, y también del artículo 211 de la Constitución Nacional dado que la Ley 15 de 1959 no autorizó al Gobierno para delegar en los Alcaldes la función de suspender el ingreso por incremento de vehiculos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Decreto 613 de 1993 dictado por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., "por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase taxi al servicio público".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2814. Apelación Auto. Actor: Luis Carlos Sáchica A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor de la referencia contra el auto de 18 de noviembre de 1993 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera), en cuanto denegó la suspensión provisional del acto demandado, solicitada en el libelo.

ANTECEDENTES

El doctor Luis Carlos Sáchica Aponte en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad del Decreto No. 613 de 14 de octubre de 1993, expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, "Por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta al ingreso de vehículos clase taxis al servicio público".

En el mismo escrito de la demanda, el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado, después de considerar que éste "es manifiestamente contrario al artículo 211 de la Constitución Política y al parágrafo 1 del artículo 1o. de la Ley 15 de 1959".

Previa transcripción del inciso 1o. del ordinal d) y del parágrafo del artículo 1o. de la Ley 15 de 1959, "Por la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte..."; el actor fundamenta la solicitud de suspensión provisional argumentando que,

> "...el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá sólo estaría autorizado, previa delegación del Gobierno Nacional, para fijar las tarifas de transporte y establecer la forma de pago o prestación del servicio de transporte que por virtud de la Ley 15 de 1959, le corresponde al empleador en beneficio del empleado".
>
> "Así entonces un decreto como el acusado que no versa sobre las materias de intervención que el legislador facultó delegar a los Alcaldes, a todas luces desconoce los términos del artículo 211 de la Constitución Política que reserva a la ley las funciones que el Presidente puede delegar en los Alcaldes.
>
> "Y no se diga que el decreto cuya solicitud de suspensión provisional se presenta se fundamenta en el Decreto 80 de 1987 y no en la Ley 15 de 1959, toda vez que dicho decreto fue derogado por el 493 de 1990, según nos lo ha enseñado la jurisprudencia del Consejo de Estado (Exp. 2050, Sección Primera, 11 de diciembre de 1992)".

EL AUTO APELADO

Para denegar la solicitud de la medida cautelar, el *a-quo* razonó así:

> "De los argumentos presentados por el actor para la suspensión provisional la Sala encuentra que aún en el evento de que la norma citada como fundamento

legal para la expedición del acto acusado en realidad se encuentre derogado tácitamente por el Decreto 493 de 1990, en este último se atribuyen funciones al Alcalde de Santafé de Bogotá, D.C., para expedir licencias de funcionamiento para empresas que presten el servicio público de transporte.

"En cuanto al ingreso de vehículos clase taxi al servicio público, el Artículo 16 del Decreto 493 señala que pueden hacerlo por vinculación o reposición.

"Por su parte el Artículo 17 del mismo decreto otorga al Alcalde Mayor de Bogotá facultades para fijar el número de vehículos tipo automóvil o taxi que pueden ingresar por incremento o reposición al servicio público de transporte en el territorio de su jurisdicción.

"Por esta razón en principio la competencia para regular la materia tratada en el acto acusado tiene respaldo legal, correspondiente al estudio de fondo del asunto el análisis de las diferentes normas expedidas con base en la Ley 15 de 1959 para concluir de las que se encuentran vigentes cuáles otorgan competencia a los Alcaldes Municipales y las materias ámbito de dicho competencia".

EL RECURSO INTERPUESTO

En el escrito de apelación el recurrente insiste en que el Alcalde Mayor del Distrito Capital carece de competencia para legislar en la materia de que trata el acto acusado.

Con base en jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado (sentencia del 11 de diciembre de 1992, Expediente 2050 y auto de 25 de octubre de 1993, expediente 2693, Magistrado Ponente, Dr. Ernesto Rafael Ariza), afirma que la legalidad del decreto impugnado, sólo podría ser estudiada a la luz de la Ley 15 de 1959, derogado como se encuentra el Decreto 080 de 1987 y el 493 de 1990, que según el Tribunal servían de fundamento al acto cuestionado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El decreto acusado, esto es, el 613 de octubre 4 de 1993, "por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase taxi al servicio público", fue expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., "en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que le confiere el Decreto 80 de 1987...".

El Decreto Ley 80 de 1987, en su artículo 1o., asignó al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios, a partir del año siguiente al de su vigencia, entre otras funciones la de:

"...g) señalar el número de vehículos tipo taxi que puedan ingresar anualmente al servicio público del transporte en el territorio de su jurisdicción y expedir las autorizaciones de que tratan las distintas normas fijadas al respecto por la Junta Directiva del Intra y el Gobierno Nacional...".

El Decreto 265 de 1988, dictado con fundamento en el ordinal 3o. del artículo 120 de la antigua Constitución y de la Ley 15 de 1959, reglamentó el Decreto Ley 80 de 1987 disponiendo que el ingreso de vehículos tipo taxi podía ser por incremento o reposición y definió ambos conceptos (artículo 20); facultó al Instituto Nacional del Transporte para realizar los estudios técnicos necesarios para determinar el número de vehículos tipo taxi que se requieren anualmente en las diferentes ciudades del país (artículo 21); y estatuyó que los Alcades Metropolitanos, Municipales y el Mayor de Bogotá debían expedir en los primeros quince días del mes de septiembre de cada año el acto administrativo en el cual fijaban discriminadamente el número de vehículos tipo taxi a ingresar, por incremento o reposición, al territorio de su jurisdicción el año siguiente (parágrafo 1o. del citado artículo).

El Decreto 0493 de 1990, expedido en ejercicio de las facultades conferidas en la Ley 15 de 1959, por lo cual tenía carácter de decreto especial, derogó expresamente el Decreto 265 de 1988. En cuanto al ingreso de vehículos al parque automotor dispuso lo siguiente:

> "El Alcalde Mayor de Bogotá y los Alcaldes Municipales y de las áreas metropolitanas fijarán anualmente, mediante acto administrativo, previo estudio técnico, el número de vehículos tipo automóvil y/o taxi que podrán ingresar durante el año siguiente por incremento y/o reposición al servicio público de transporte en el territorio de su jurisdicción".

Según esta Sala (Sentencia de 11 de diciembre de 1992, expediente 2050):

> "Dada su naturaleza legislativa que por ser Decreto Especial tenía el Decreto 0493 de 1990 en la antigua Constitución y por regular íntegramente la materia a que se referían, el Decreto Ley 80 de 1987 y su reglamentario el Decreto 265 de 1988, deben entenderse derogados tácitamente estos últimos por aquel, conforme a la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887".

El Decreto 236 de 1991, dictado con base en la Ley 15 de 1959, derogó expresamente los artículos 17 a 20, 23 y 30 literal b) del Decreto Especial 0493 de 1990 y estableció en su artículo 1o. la libertad de ingreso de vehículos tipo taxi municipal a las diferentes ciudades del país.

De lo expuesto se concluye que las normas del Decreto Ley 80 de 1987, invocado en el acto acusado y las del Decreto Especial 0493 de 1990 aludido por el *a-quo*, mal podían servir de fundamento al Decreto 613 aquí impugnado, por sustracción de materia.

Así las cosas, el estudio acerca de la legalidad del acto censurado debe hacerse a la luz de la Ley 15 de 1959, la que solamente autoriza al Gobierno para delegar en Gobernadores y Alcaldes las facultades previstas en el literal d) del artículo 1o. que

dicen relación con el señalamiento de las tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental y con el establecimiento de la forma de pago y prestación del servicio de transporte.

Como el tema regulado por el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, (reposición del equipo automotor y reglamentación del ingreso de vehículos clase taxi al servicio público), no es equivalente a la fijación de tarifas de transporte urbano, intermunicipal o interdepartamental, ni a la forma de pago o la prestación del servicio de transporte que por la Ley 15 de 1959 le corresponde al empleador en beneficio del empleado, se presenta la violación del artículo 1o. de la precitada ley, por parte del decreto impugnado por haber excedido éste los términos de la delegación contemplados en ella, y también del artículo 211 de la Constitución Nacional dado que la Ley 15 de 1959 no autorizó al Gobierno para delegar en los Alcaldes la función de suspender el ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción.

Por las razones anotadas la Sala habrá de revocar la providencia apelada.

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

RESUELVE:

REVOCAR el numeral 2o. del auto de 18 de noviembre de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, DECRETAR la suspensión provisional de los efectos del Decreto 613 de 1993 dictado por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, Distrito Capital, "por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase taxi al servicio público".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 17 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RALATORIA: Reiterada en providencia de 6 de mayo de 1994, Exp. 2872, Ponente: Dr. YESID ROJAS SERRANO.

VECOL-Reestructuración/**VECOL**-Objeto/**MINISTERIO DE AGRICULTURA**-Funciones/**FINES DEL ESTADO**

La empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., VECOL S.A., tiene como objeto social la promoción y estímulo del incremento de la producción agropecuaria y de insumos mediante la racionalización de los sistemas de producción, distribución y venta. Advierte la Sala sin embargo que en la medida en que el Estado cuente con organismos que puedan cumplir dicho objetivo en el sector agropecuario, *verbi gracia,* el Ministerio de Agricultura y sus entidades adscritas y vinculadas, no puede predicarse que se estén desconociendo los fienes esenciales que corresponde desarrollar a aquel; que se estén dejando de prestar de manera eficiente los servicios públicos o que se esté desatendiendo la satisfacción del interés general.

GOBIERNO NACIONAL-Facultades/**SUPRESION DE EMPLEOS**/**VECOL**-Reestructuración

Las posibles supresiones de cargo o empleos que pudieran operar en VECOL como consecuencia de la decisión adoptada de dejar de participar el Estado en dicha sociedad, no conducen a la violación de las normas citadas por el accionante, pues al estar aquellas implícitas en las facultades que el artículo transitorio 20 otorgó al Gobierno Nacional, ello significa que fue la voluntad del constituyente la que autorizó de antemano a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos que se requieran para adecuar la estructura de las entidades a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento

del daño que se cause a sus titulares en aras de la prevalencia del interés público. Sólo el Gobierno es quien puede sopesar los motivos de conveniencia o inconveniencia para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades que allí se mencionan, sin perder de vista la finalidad propuesta de ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes Acumulados Nos. 2426 y 2458. Acción: Nulidad. Actores: Marco Antonio Castro Quintero e Ilba Marina Quirós Puentes.

Los ciudadanos MARCO ANTONIO CASTRO QUINTERO e ILBA MARINA QUIROS PUENTES, obrando en sus propios nombres y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitaron de esta Corporación, en demandas separadas que posteriormente fueron acumuladas en virtud de auto de 23 de noviembre de 1993 (folios 71 a 74 del expediente No. 2426), la declaratoria de nulidad del Decreto 2139 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. -VECOL-", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

I.1-. EXPEDIENTE No. 2426

Cita el actor como infringidos por el acto acusado, los artículos 2o., 25, 53, 55, 58, 60, 125, 150 numerales 7o. y 19, 365 y transitorio 20 de la Constitución Política.

Hace consistir así el concepto de la violación:

1o): Con el Decreto 2139 de 1992 se vulnera el artículo 2o. de la Carta Política al no promover el Estado la prosperidad general y al no garantizar los principios consagrados en la Constitución.

2o): Se vulneran los artículos 53, 55 y 125 *ibídem*, pues el cambio intempestivo que operó en Vecol, sin ningún proceso racional planificado sino por el afán gubernamental de realizar "un Estado al servicio de los Colombianos", genera caos al interior nuclear de la familia, a la vez que se quebrantan también los derechos adquiridos subjetivos porque la realidad tangible es que no todo es burocracia ni corrupción, máxime cuando en Vecol el personal es en su mayoría especializado.

3o): Se infringen los artículos 25 y 150 numeral 19 literal f) *ibídem*, por cuanto la Constitución es exigente en los principios de justicia, equidad y protección al asociado.

Se desconoce de plano la función del Congreso y por consiguiente la resultante es el no desarrollo de la persona humana en sus aspiraciones de bienestar, pues se crea un estado dubitativo que da al traste con la carrera administrativa.

4o): Se viola el artículo 365 de la Carta, ya que hay actividades que el Estado no puede dejar en segundo plano como es la asistencias "... en determinadas actividades estratégicas", pues es necesaria su presencia para cubrir una amplia cobertura en el panorama territorial, dado que el servicio en la actividad veterinaria debe prestarse directamente por regulación de precios, control de calidad y en general por la vigilancia que se requiere en el campo colombiano.

5o): Se vulneran los artículos 58 y 60 *ibídem*, dado que la democratización de la propiedad es uno de los fundamentos especiales que trae la nueva Constitución y el Gobierno no debe colocar obstáculos para la entrada participativa de todos los colombianos, siendo preciso en el postulado constitucional que al enajenar su participación en una empresa, el Estado debe ofrecer a sus trabajadores la propiedad accionaria, cuestión que no ha sido reglamentada por la ley, y no obstante ello el Gobierno se anticipó haciendo todo lo contrario.

6o): Se infringen los artículos 150 numeral 7o. y transitorio 20 ya que no se tomaron en cuenta las recomendaciones de la comisión asesora del Gobierno, quienes consideran que la reestructuración de VECOL es indebida por cambiar la naturaleza jurídica de una sociedad de economía mixta.

Por lo demás, el Gobierno no puede dejar de participar en empresas de alta rentabilidad como lo es VECOL.

Y, finalmente, el decreto acusado desconoce las facultades del Congreso al extralimitarse el Gobierno en el artículo 1o. en el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20.

I.2-. EXPEDIENTE No. 2458

Aduce la actora los siguientes cargos de violación, los cuales pueden resumirse así:

1o): El Decreto 2139 de 1992 vulnera el artículo transitorio 20 de la Carta Política por cuanto excede el término de 18 meses allí previsto; además, no se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora para la modernización del Estado y no está en consonancia con la reforma constitucional ni con la redistribución de competencias.

2o): Se quebrantan los artículos 60 y 150 de la Constitución Nacional ya que le corresponde al Congreso mediante leyes conceder autorizaciones al Gobierno para enajenar bienes nacionales y tales autorizaciones no existen, criterio este que coincide con el de los Consejeros de Estado miembros de la Comisión.

3o): Se vulneran los artículos 65 y 70 de la Constitución porque el Estado debe proteger especialmente las actividades pecuarias y promover la investigación y la

transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, lo que no se cumple con el acto acusado que le quitó la participación a VECOL convirtiéndola en una entidad particular.

4o): Se infringe el artículo 209 *ibídem* ya que con el artículo 1o. del decreto acusado se violan los fines consagrados en dicho precepto constitucional en detrimento del interés general de la Nación, porque sin la participación en VECOL aquella no podrá cumplir sus finalidades orientadas a satisfacer el interés público en lo relacionado con los productos veterinarios y el desarrollo pecuario para una mayor productividad.

5o): Se vulnera el artículo 334 *ibídem* por cuanto quitarle la participación a VECOL va contra el desarrollo económico y la calidad de vida de los colombianos, pues sin dicha participación no se puede dar una adecuada explotación de los productos veterinarios.

II-. ACTUACION

Mediante proveídos de 10 de junio y 18 de junio de 1993, se admitieron respectivamente las demandas radicadas bajo los expedientes Nos. 2426 y 2458, y se denegaron las solicitudes de suspensión provisional impetradas.

De los autos admisorios se notificó la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. -VECOL S.A.-, quien a través de apoderado contestó las demandas oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

II.1-. CONTESTACION DE LA DEMANDA DENTRO DEL PROCESO No. 2426

1-. Con relación al primer cargo, la acusación no es verdadera, pues en la óptica de la reforma constitucional y del artículo transitorio 20, la organización administrativa del Estado y de sus entidades descentralizadas se justifica en la medida en que se cumplan los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209. De modo que el Gobierno tiene facultad para apreciar discrecionalmente la conveniencia o no de mantener, suprimir, fusionar o reestructurar los actuales entes descentralizados del orden nacional, sin perjuicio de que otros organismos y entidades cumplan tareas que tienen que ver con la protección de la prosperidad general y del sector agropecuario en particular.

El régimen de VECOL es de derecho privado en lo que concierne a sus actos y contratos; sus trabajadores se rigen por las normas del Derecho Laboral común: su actividad no tiene la característica de monopolio estatal que pudiera perderse a raíz del hecho de que el Estado deje de pertenecer a ella; y sus accionistas hoy por hoy son asociaciones sin ánimo de lucro.

2-. En lo que respecta al segundo cargo, la violación de los artículos 53, 55 y 125 de la Carta no está implícita ni explícita en el acto acusado, pues bien puede ocurrir que otros entes públicos sustituyan a la Nación o a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, lo que en nada afectaría la condición actual de sus empleados o trabajadores.

3-. En lo que concierne a la violación de los artículos 25 y 150 numeral 19 literal f) de la Constitución, se advierte que el decreto acusado no invade la órbita legislativa propia del Congreso ya que no establece ningún régimen de prestaciones sociales generales para los trabajadores que es a lo que se refiere la norma supuestamente violada.

4-. En cuanto a la infracción del artículo 365 de la Constitución, la acusación pretermite el hecho de que el propio artículo 365 dispone la prestación de los servicios directa o indirectamente tanto por el Estado como por los particulares, con lo cual si VECOL debiera prestar ese servicio público no se vulnera el precepto constitucional por el hecho de que no dimana del decreto acusado de que se hicieran socios, en reemplazo de la administración, únicamente personas particulares; olvida también el actor que hay otros entes como el ICA y el Ministerio de Salud, amén del cúmulo de particulares que participan en las actividades del sector.

5-. En lo tocante a la violación de los artículos 58 y 60 no tiene razón el actor pues el texto acusado no prohibe la medida de democratizar la propiedad accionaria ya que ésta requiere de regulación por parte de una ley especial a la cual se habrá de someter el efecto del retiro de la Nación y de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de la sociedad VECOL S.A., democratización que no puede dejar de cumplirse por el Gobierno.

Por lo demás, el Decreto Ley 130 de 1976 previene que la Nación puede enajenar su participación en sociedades de economía mixta para lo cual sólo se requiere de decreto ejecutivo o acto de la Junta Directiva del ente público titular del dominio y que la venta deberá efectuarse con ofrecimiento a las entidades públicas, y si éstas no la adquieren, podrá venderse a personas de derecho privado.

6-. En lo que atañe a la violación de los artículos 150 numeral 7o. y 20 transitorio, dentro de las facultades del Gobierno bien puede adoptarse la decisión de dejar de pertenecer la Nación a una entidad sin que con ello se produzca mutación de la naturaleza del ente público, ni el texto acusado lo dispone en ese sentido. Además, el concepto de los ilustres asesores del Gobierno no tenía carácter obligante para éste.

7-. No es cierto que el Decreto 2139 de 1992 haya prorrogado en el tiempo el ejercicio de funciones legislativas en la Junta Directiva de la Empresa, o en el Gobierno y en la Caja Agraria, pues el plazo que se dió por el legislador se refiere al ejercicio de funciones simplemente administrativas que son propias de dichas juntas directivas, por lo cual su ejercicio en cualquier tiempo no constituye prórroga de funciones legislativas ni extensión de las extraordinarias conferidas al Gobierno en el transitorio 20.

II.2-. CONTESTACION DE LA DEMANDA EN EL PROCESO No. 2458

1-. Los dos artículos de que consta el acto acusado fueron proferidos y adoptados dentro del término temporal previsto en el artículo transitorio 20, por lo cual no es cierto que el Ejecutivo se hubiera excedido en el desarrollo de la facultad allí otorgada.

2.- El decreto acusado no contiene ni es un acto de enajenación de acciones de la Nación o de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por lo cual no se transgrede el artículo 60 de la Constitución Política. Además, lo que la ley debe regular es la forma y condiciones especiales dentro de las cuales se ofrecerán a los beneficiarios del reparto de la riqueza pública la adquisición de acciones, pero no es en sí la decisión de enajenar o vender acciones o participaciones estatales de una empresa.

En cuanto a la modalidad del cargo por el lado de la violación del artículo 150 de la Constitución Política por falta de autorización legal para la enajenación, debe recordarse que tal autorización está prevista y dada en otras disposiciones de jerarquía legal que se hallan vigentes.

3-. VECOL no es una empresa productora de alimentos, ni desarrolla actividades agrícolas, pecuarias, forestales o ganaderas que son respecto de las cuales la Carta reclama la protección estatal. La producción de medicamentos agropecuarios que tiene a su cargo no deja de operar por virtud del acto acusado. El tema de la investigación y transferencia de tecnología se halla regulado por otras leyes, además que otras entidades cumplen también tareas de investigación.

4-. No se ve cómo el artículo 1o. acusado constituye una falta de promoción y fomento del acceso a la cultura que consagra el artículo 70 de la Constitución.

5-. Si la función de VECOL S.A. es industrial y comercial, mas no administrativa, mal puede infringirse el artículo 209 de la Carta que se refiere a los principios de la función administrativa.

6-. El artículo 334 de la Carta Política no ordena que el Estado deba participar en sociedades comerciales y en la producción de medicamentos o casos similares, y que por lo mismo esa omisión o la negativa de participar en esos campos determine una calidad de vida inadecuada de los colombianos.

III-. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado estima que deben denegarse las súplicas de las demandas toda vez que a través del acto acusado se suprimió la entidad VECOL de la nómina de entidades estatales y conforme al artículo transitorio 20 el Gobierno tenía la competencia constitucional para hacerlo.

En cuanto a los cargos, se remite a lo expuesto por la Corporación en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309.

IV-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Dispone el Decreto 2139 "por el cual se reestructura la Empresa de Productos Veterinarios S.A. -VECOL-":

> **"ARTICULO 1o. Cese de Partipación.-** De conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes, la Nación - Ministerio de Agricultura- y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, dejarán de participar en la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. VECOL, dentro de un plazo no mayor a un (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto.
>
> **Artículo 2o. Vigencia.-** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

En relación con el cargo 1o. que formula el actor al acto acusado en el expediente No. 2426, de ser violatorio del artículo 2o. de la Carta Política, censura ésta que puede estudiarse conjuntamente con los cargos 4o. *ibídem* en que se endilga el quebranto del artículo 365 de la misma y 3o. a 5o. del expediente No. 2458 en que se invoca la violación de los artículos 65, 70, 209 y 334 *ibídem*, estima la Sala lo siguiente:

Es cierto que dentro de los principales fines del Estado están los de promover la prosperidad general teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; promover la investigación y la transferencia de tecnología y la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones; buscar la efeciente prestación de los servicios públicos e intervenir en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y en los servicios públicos y privados para mejorar la calidad de vida de los habitantes.

Ello implica que el Estado debe concentrar todos sus esfuerzos en los sectores económico, político, social, administrativo y cultural que interesan y conforman la vida nacional, para así garantizarle a los asociados la efectividad de los derechos que la Carta proclama.

En el evento *sub-lite* la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. -VECOL S.A.-, tiene como objeto social la promoción y estímulo del incremento de la producción agropecuaria y de insumos mediane la racionalización de los sistemas de producción, distribución y venta.

Advierte la Sala sin embargo que en la medida en que el Estado cuente con organismos que puedan cumplir dicho objetivo en el sector agropecuarios, *verbi gracia,* el Ministerio de Agricultura y sus entidades adscritas y vinculadas, no puede predicarse que se estén desconociendo los fines esenciales que corresponde desarrollar a aquel; que se estén dejando de prestar de manera eficiente los servicios públicos o que se esté desatendiendo la satisfacción del interés general.

Así, a manera de ejemplo, podrían traerse a colación las funciones que desempeñan el Instituto Colombiano Agropecuario, como son, entre otras, las de contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario mediante la investigación, la transferencia de tecnología y la prevención de riesgos, controlando la producción y comercialización de insumos y protegiendo la producción agropecuaria de plagas y enfermedades que afecten o puedan afectar las especies agrícolas y pecuarias del país.

Por las anteriores razones los cargos bajo análisis no están llamados a prosperar.

Además y frente al cargo de violación del artículo 70 de la Constitución Política a que se hace referencia en el cargo 3o. del expediente No. 2458, estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad dado que el objeto social que desarrolla VECOL S.A. no guarda relación con el acceso a la cultura que garantiza aquel.

En cuanto a la transgresión de los artículos 25, 53, 55, 125 y 150 numeral 19 literal f) de la Constitución Política a que se refieren los cargos 2o. y 3o. del expediente No. 2426, resultante de la supresión de empleos de personal altamente calificado en VECOL, la Sala hace las siguientes precisiones:

Si bien es cierto el acto acusado expresa en su epígrafe: "Por el cual se reestructura la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. -VECOL-", en la realidad está operando la supresión de una sociedad de economía mixta como tal, pues si el Estado tiene en ella el 80% del capital social, y si se desprende de él, se convierte en sociedad mercantil de carácter privado.

Como lo ha expresado la Sala en diversos pronunciamientos, las facultades para reestructurar, fusionar o suprimir a que se refiere el artículo transitorio 20, llevan ínsita la supresión de cargos o empleos. Sobre este particular dijo la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del Decreto 1660 de 1991:

> "...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 de las cargas públi-

cas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública...".

Por lo anterior concluye la Sala que las posibles supresiones de cargos o empleos que pudieran operar en VECOL como consecuencia de la decisión adoptada de dejar de participar el Estado en dicha sociedad, no conducen a la violación de las normas citadas por el accionante, pues al estar aquellas implícitas en las facultades que el artículo transitorio 20 otorgó al Gobierno Nacional, ello significa que fue la voluntad del constituyente la que autorizó de antemano a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos que se requieran para adecuar la estructura de las entidades a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento del daño que se cause a sus titulares en aras de la prevalencia del interés público.

En lo concerniente a la violación del artículo 58 de la Constitución Política, a que se contrae el cargo 5o. del expediente No. 2426, la Sala observa que dicha norma que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, no guarda relación alguna con la materia del proceso y por ello no está llamado a prosperar el cargo.

En cuanto a las censuras de violación que se endilgan al artículo 60 de la Carta que prevé que cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para que accedan a dicha propiedad accionaria, referidas en los cargos 5o. del expediente No. 2426 y 2o. del expediente No. 2458, estima la Sala que no están llamados a prosperar toda vez que el citado artículo 60 no ha sido transgredido, habida cuenta que la decisión de dejar de participar en una sociedad de economía mixta si bien es cierto puede conllevar a la enajenación de las acciones, ésta es un acto posterior de ejecución de aquella, y sólo respecto de él es posible reclamar el ofrecimiento a los trabajadores para que pudieran acceder a la propiedad accionaria, según las prescripciones legales.

De otra parte, en lo tocante a la violación del artículo 150 de la Carta a que alude el cargo 2o. del expediente No. 2458, tampoco está llamado a prosperar ya que si el artículo transitorio 20 autorizó al Gobierno Nacional entre otras facultades para suprimir sociedades de economía mixta del orden nacional; si como ya se dijo, en VECOL S.A. operó una supresión que puede conllevar a la posterior enajenación de las acciones que poseía la Nación; y los decretos expedidos por el Gobierno en desarrollo de aquel tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, bien puede afirmarse que existe autorización legal para proceder a la posterior enajenación de acciones, lo cual conduce a desestimar el cargo. En lo tocante a los cargos 1o. del expediente No. 2458 y 6o. del expediente No. 2426, referidos a la transgresión del artículo transitorio 20 por cuanto no se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno la cual determinó que era indebido el cambio de naturaleza jurídica de la entidad; porque

el Estado no podía dejar de participar en empresas de alta rentabilidad, y porque se requería de autorización legal para la enajenación de acciones, considera la Sala que no tienen vocación de prosperidad. En efecto, reitera una vez más esta Corporación lo expresado en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309, en el sentido de que la evaluación y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno Nacional no podían tener carácter obligatorio para éste porque de considerarse así, el proceso de reestructuración, fusión o supresión no dependería del ejercicio de una función del Gobierno sino de aquella. Por ello ha de entenderse que el querer del constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia asesoraran al Gobierno en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar.

Por lo demás la afirmación del actor en el expediente No. 2426 de que el Estado no podía dejar de participar en una empresa de alta rentabilidad no es suficiente para establecer el quebranto de la norma transitoria, dado que del contenido de ésta se infiere que sólo el Gobierno es quien puede sopesar los motivos de conveniencia o inconveniencia para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades que allí se mencionan, sin perder de vista la finalidad propuesta de ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

En lo que tiene que ver con los cargos referentes a que el acto acusado desconoce las facultades del Congreso al extralimitarse en el artículo 1o. en el término previsto en el artículo transitorio 20, tampoco tienen virtualidad de prosperar, pues la decisión adoptada por el Ejecutivo es la expresión del querer del legislador de excepción de suprimir la sociedad de economía mixta, cuya ejecución traducida en la venta de sus acciones o aportes requiere de un plazo o término para así dar cumplimiento al artículo 60 de la Carta y a la ley que lo desarrolla. Además, el plazo consagrado en el referido artículo 1o. es independiente del señalado en la norma transitoria, como quiera que la decisión allí adoptada lo fue dentro del término a que alude ésta, sólo que se previó que los efectos de aquella no se produjeran, como es obvio, inmediatamente, lo cual no resulta contrario a lo dispuesto en dicha norma transitoria.

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 las demandas radicadas bajo los expedientes Nos. 2426 y 2458.

Devuélvase al actor en el expediente No. 2426, la suma de dinero depositada para gastos del proceso por no haber sido utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 24 de marzo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES- Naturaleza Jurídica**/DECRETO LEGISLATIVO/ACTO ADMINISTRATIVO/ CONTROL CONSTITUCIONAL/CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA RESIDUAL/ CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA/CRITERIO ORGANICO O FORMAL/ESTATUTO DE BOGOTA**

El decreto acusado, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, tiene la categoría de ley por cuanto corresponde al ejercicio de una facultad excepcionalmente conferida por la Carta al Gobierno pero cuyo ejercicio corresponde normalmente al Congreso como legislador. Desde el punto de vista material y jerárquico, el decreto analizado constituye un acto de naturaleza legislativa. Sin embargo, esta primera conclusión no implica, que el control de constitucionalidad del citado decreto corresponda a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado. No existe una cláusula general de competencia en materia de control de constitucionalidad en cabeza de un órgano judicial determinado. En ese sentido la Constitución ha preferido realizar el reparto de competencias en esa materia sobre la base de los actos específicos sometidos al control, con el fin de ser consecuente con el sistema de control difuso, y para ello ha acudido de manera preferente, tanto en el régimen anterior como en el actual, al criterio orgánico o formal, que permite una aplicación más sencilla y práctica y, en consecuencia, contribuye a evitar conflictos de competencia o de jurisdicción. No le asiste razón el apoderado del Distrito Capital cuando afirma que el Consejo de Estado "sólo conoce de las acciones de nulidad para actos administrativos", entendidos estos exclusivamente

desde el punto de vista material, pues si bien pudiera considerarse que esa es la regla general, ella presenta excepciones como la relacionada precisamente con el decreto demandado, respecto del cual, para efectos del control constitucional, no se aplica el citado criterio material sino el formal u orgánico, por mandato expreso de la Constitución Política, ya que ésta no atribuye su control a la Corte Constitucional quedando sometido, en consecuencia, a la cláusula general de competencia o competencia residual del Consejo de Estado, prevista en el artículo 237-2 de la citada Constitución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Referencia: Expediente No. 2591. Actor: José Antonio Galán Gómez.

Procede el Despacho a resolver el incidente de nulidad propuesto por el apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, entidad interesada en las resultas del proceso, tendiente a que se declare la nulidad de todo lo actuado, incluído el auto admisorio de la demanda, por presentarse la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 140 del C. de P.C., es decir, por cuanto a su juicio, dado el carácter material de ley que tiene el Decreto 1421 de 1993 cuya declaratoria de nulidad parcial se solicita, es la Corte Constitucional la competente para resolver sobre su constitucionalidad.

Los fundamentos de la solicitud

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 58 a 66):

El carácter de ley en sentido material del decreto acusado, "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", resulta no sólo de haberse expedido por el Gobierno en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 41 de la Constitución Política, sino del hecho de que el mismo contiene el régimen jurídico que el artículo 322 *ibídem* denomina como "...las leyes especiales..." que para él se dicten.

En dicho orden de ideas, el decreto acusado tiene el carácter de ley material de acuerdo con el artículo transitorio 41 de la Carta, pues en esta disposición se consagra que si el congreso no dicta la corrrespondiente ley sobre régimen especial para el Distrito Capital, el Gobierno expedirá las normas correspondientes.

Al promulgar el citado decreto el Gobierno Nacional actuó comos sustituto del legislador para expedir el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, y las disposiciones que lo integran corresponden en su contenido material a leyes y en modo alguno pueden considerarse como normas de carácter administrativo o reglamentario.

De otra parte, mediante providencia de 29 de noviembre de 1993 la Corte Constitucional admitió una demanda de inconstitucionalidad contra el decreto deman-

dado en este proceso (Exp.No.D-469. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), y la misma Corporación en sentencia de 14 de enero de 1993, con ponencia del Magistrado doctor Alejandro Martínez Caballero, al decidir sobre la exequibilidad del Decreto 2067 de 1991, expedido por el Gobierno en uso de las facultades conferidas por el artículo transitorio 23 de la Constitución, dedujo su competencia para conocer de la acción ejercida del artículo 241 en concordancia con los artículos transitorios 3o. y 10 *ibídem.*

En consecuencia, "no siendo el Decreto 1421 de 1993 un acto administrativo, su control escapa de la competencia del Consejo de Estado, quien, como lo ordena el citado artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política, sólo conoce de las acciones de nulidad para (sic) actos administrativos".

Por último, no es posible equiparar desde el punto de vista de la naturaleza, importancia y necesidades normativas al Distrito Capital de Santafé de Bogotá con los municipios. Tal fue la razón por la que el artículo 322 de la Constitución exigiera de manera expresa dentro de la normatividad del Distrito, que su régimen jurídico se expidiera a través de leyes especiales, y, por lo mismo, por lo que ellas no están sujetas a las disposiciones constitucionales aplicables a los municipios.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1.- La naturaleza jurídica del decreto demandado

Para el Despacho es claro, como lo plantea el apoderado del Distrito Capital, que **el decreto acusado, expedido con fundamento** en el artículo transitorio 41 de la Constitución y "por el cual se **dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", tiene la categoría de ley por cuanto corresponde al ejercicio de una facultad excepcionalmente conferida por la Carta al Gobierno pero cuyo ejercicio corresponde normalmente al Congreso como legislador.**

En efecto, de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución, "corresponde al Congreso hacer las leyes", y según el artículo 322 de la misma Carta, el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá "será el que determinen la Constitución, **las leyes especiales que para el mismo se dicten** y las disposiciones vigentes para los municipios (subrayado del Despacho). A su vez, con el fin de dar aplicación al nuevo régimen constitucional, el artículo transitorio 41 previó que "si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, **el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes"** (subrayado del Despacho):

Lo anterior quiere decir **que desde el punto de vista material y jerárquico, el decreto analizado constituye un acto de naturaleza legislativa.**

Sin embargo, esta primera conclusión no implica, como también lo plantea el apoderado del Distrito Capital, **que el control de constitucionalidad del citado decreto corresponda a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado.**

2.- El régimen de control de constitucionalidad en la Constitución colombiana

A este respecto, lo primero que debe hacer notar el Despacho es que el Constituyente de 1991 mantuvo el régimen de control difuso de constitucionalidad que se venía aplicando desde la Constitución anterior y desechó expresamente la posibilidad de implantar un régimen de control de constitucionalidad concentrado o unificado, como se planteó por el Gobierno en su proyecto de reforma constitucional.

La aplicación del mencionado régimen de control difuso implica que, a pesar de existir un órgano encargado fundamentalmente de la "guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" (Corte Suprema de Justicia en la Constitución anterior y Corte Constitucional en la Carta de 1991), según los términos del artículo 241, dicho control no está reservado de manera exclusiva y excluyente a ese órgano, sino que tambien corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones que puedan ejercerse ante el Consejo de Estado y ante los tribunales administrativos, y aun a todos los jueces de la República a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 4o. de la Carta, y de acciones especiales como la tutela, prevista en el artículo 86 de la misma. Como expresión y consecuencia lógica de lo anterior, el mismo texto del citado artículo 241 agrega que la mencionada competencia de la Corte Constitucional para "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", la ejercerá "en **los estrictos y precisos** términos de este artículo" (subrayado del Despacho), procediendo a renglón seguido a enumerar las funciones que le corresponden, en forma tal que ellas no pueden entenderse sino como competencias de atribución taxativas y de ninguna manera como una cláusula general de competencia, como en algunas ocasiones se pretende afirmar y como en el fondo lo plantea el solicitante de la nulidad.

3.- Distribución de competencias en materia de control de constitucionalidad entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

De lo expresado anteriormente resulta de manera clara que **no existe una cláusula general de competencia en materia de control de constitucionalidad en cabeza de un órgano judicial determinado. En ese sentido, la Constitución ha preferido realizar el reparto de competencias en esa materia sobre la base de los actos específicos sometidos al control, con el fin de ser consecuente con el sistema de control difuso, y para ello ha acudido de manera preferente, tanto en el régimen anterior como en el actual, el criterio orgánico o formal, que permite una aplicación más sencilla y práctica y, en consecuencia, contribuye a evitar conflictos de competencia o de jurisdicción.**

Es así como, en el ya citado artículo 241, la Carta ha atribuído expresamente a la Corte Constitucional el control de constitucionalidad, entre otros sobre los actos reformatorios de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación (numeral

1), las convocatorias a un referendo o a una Asamblea Constituyente igualmente por vicios de prodedimiento en su formación (numeral 2), así como sobre los referendos sobre leyes y las consultas populares y plebiscitos del orden nacional (numeral 3). Específicamente en relación con las leyes, el numeral 4 le atribuye la competencia para decidir sobre las demandas de inexequibilidad contra todas ellas, entendidas como actos emanados del Congreso de acuerdo con el artículo 150, consagrando así una competencia general pero limitada a estos actos, dentro del listado de competencias de atribución que contiene todo el artículo 241. Igualmente, los numerales 8 y 10 atribuyen a la Corte la competencia para decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno, de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

Pero como prueba de que la competencia respecto de las leyes está basada en el criterio orgánico o formal y no en el material o jerárquico, los numerales 5 y 7 del artículo 241 se refieren al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de algunos decretos específicos del Gobierno, con fuerza de ley o legislativos, como son concretamente los dictados con fundamento en los artículos 150 numeral 10, 314, 212, 213 y 215 de la Constitución. Además, algunas normas transitorias de la Carta, como los artículos transitorios 5, 6 y 10 consagran igualmente y de manera expresa la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad de los decretos a que ellos hacen referencia. Concordante con lo anterior, el numeral 2 del artículo 237 consagra expresamente que corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones por inconstitucionalidad "de los decretos dictados por el Gobierno Nacional", cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional", lo cual ratifica de manera clara que en relación con los decretos del Gobierno la cláusula general de competencia está atribuída al Consejo de Estado, mientras que a la Corte Constitucional corresponde una competencia de atribución específica. Si ello no fuera así, para el Despacho es evidente que la Constitución hubiera preferido repartir la competencia atribuyendo a la Corte el conocimiento no sólo de las leyes en general sino de los "decretos del Gobierno con fuerza o categoría de ley", de tal manera que la competencia del Consejo de Estado respecto "de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte", en esas circunstancias sería sobre "los decretos dictados por el Gobierno Nacional que no tengan fuerza o categoría de ley" y sólo en las mismas circunstancias podría así interpretarse la atribución de competencia al máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Por lo mismo, el Despacho concluye que **no le asiste razón al apoderado del Distrito Capital cuando afirma que el Consejo de Estado "sólo conoce de las acciones de nulidad para actos administrativos", entendidos estos exclusivamente desde el punto de vista material, pues si bien pudiera considerarse que esa es la regla general, ella presenta excepciones como la relacionada precisamente con el decreto demandado, respecto del cual, para efectos del control constitucional, no se aplica el citado criterio material sino el formal u orgánico, por mandato expreso de la Constitución Política, ya que ésta no**

atribuye su control a la Corte Constitucional quedando sometido, en consecuencia, a la cláusula general de competencia o competencia residual del Consejo de Estado, prevista en el artículo 237-2 de la citada Constitución.

En consecuencia, no prospera la nulidad propuesta.

Con fundamento en lo expuesto el Despacho

RESUELVE:

NO DECLARAR la nulidad de lo actuado planteada por el apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

CONSEJO DISTRITIAL-Facultades/**PATRIMONIO ECOLOGICO/MEDIO AMBIENTE/NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal

Si bien es cierto que el artículo 313-9 de la Carta Política atribuye a los Concejos la función de "Dictar las normas necesarias para el control, la prevención y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio", no lo es menos que tales normas sólo puedan expedirse con sujeción a las disposiciones legales que regulan dichas materias, conforme lo preceptúa el artículo 288 *ibídem*. Lo anterior significa, a juicio de la Sala, que hasta tanto no se expida la correspondiente ley orgánica de ordenamiento territorial, las entidades territoriales no pueden *motu-proprio* asignarse competencias que de acuerdo con el régimen legal anterior o posterior a la vigencia de la nueva Carta Política se encuentran radicadas en cabeza de otras entidades u organismos del Estado. De ello resulta la ineludible conclusión de que los concejos municipales en general, y para el caso bajo estudio el del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, al expedir actos como el acusado, tendientes a la preservación y defensa del patrimonio ecológico, deberán ceñirse y respetar en un todo la mencionada regla de competencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2813. Actor: Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto admisorio de la demanda, proferido por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de diciembre de 1993, en cuanto en el ordinal 2o. de su parte resolutiva decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 3 del 6 de mayo de 1993 "por el cual se prohíbe en el Distrito Capital la captación o alumbramiento de aguas subterráneas, por encima de la formación Guadalupe y se reglamenta su explotación dentro de la misma", expedido por el Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

I.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En escrito separado de la demanda, la parte actora solicitó al Tribunal decretar la suspensión provisional del acto acusado en ejercicio de la acción de nulidad, pues considera que incurre en violación de los artículos 102 y 334 de la Constitución Política; artículo 4 literales a), b) y p) de la Ley 3a. de 1991; artículos 42, 83 literal f) y 158 del Decreto 2811 de 1974; y artículo 31 del Decreto 1541 de 1978, por las razones que se resumen a continuación (fls. 44 a 49 del Cdno. Ppal.):

El acuerdo acusado dispone en el artículo primero la prohibición en el Distrito Capital de la captación o extracción de aguas subterráneas, mediante la ejecución de obras como pozos y otros similares por encima de la formación Guadalupe.

El artículo 42 del Código Nacional de los Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente establece que pertenecen a la Nación los Recursos Naturales Renovables que se encuentren dentro del territorio nacional, mientras que el artículo 83 literal f) *ibídem,* incluye las aguas subterráneas como bien de dominio público de propiedad de la Nación. Siendo así, su administración se ha delegado en la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-, lo cual se establece en los literales a), d) y p) del artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961.

Igualmente, el acto acusado transgrede el artículo 334 de la Constitución Política, el cual establece que el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, etc.

El Distrito dispone de las aguas desconociendo quién es su propietario y quién tiene su administración, lo cual constituye flagrante violación de las normas citadas.

Respecto de los artículos 5o. y 6o. de la Ley 9a. de 1989 y 13 del Decreto Ley 3133 de 1968 que se citan como base de acuerdo, se observa lo siguiente:

Respecto del artículo 6o., se refiere a planes de desarrollo municipal y no a recursos naturales, además las aguas subterráneas no se mencionan en el artículo y pretender entender que éstas forman parte del espacio público a que se refiere la disposición, es darle a la norma un alcance que no tiene, pues el artículo 5o., refiere el espacio público a bienes de aprovechamiento colectivo como calles y plazas, y por tal razón se entiende que en la enumeración de inmuebles públicos no se incluyan las aguas de uso público.

Por su parte, la facultad contenida en el ordinal 1o. del artículo 13 del Decreto Ley 3133 de 1968 al conferir a los Concejos Municipales la atribución de ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito, no lo hace ilimitadamente sino que debe sujetarse a la Ley, lo cual desconoce el Distrito Capital con el acuerdo acusado.

En los artículos segundo, quinto y sexto del acuerdo se otorga competencia a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para otorgar permisos de explotación de aguas subterráneas y regular su explotación, al DAMA -Departamento Administrativo del Medio Ambiente- para conceptuar al respecto y a la Policía Distrital para hacer cumplir el acuerdo, disposiciones que son claramente contrarias a los dispuesto en los literales a), d) y e) del artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961, que otorgan dicha competencia la CAR como se expresó anteriormente.

El artículo tercero establece que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Distrito Capital, será competente para fijar las tarifas que se deben sufragar por la extracción de aguas de pozos subterráneos. Con esta disposición resultan transgredidas las disposiciones de los artículos 158 del Decreto Ley 2811 de 1974 y 31 del Decreto 1541 de 1978, según los cuales "...las entidades territoriales no pueden gravar con impuestos el aprovechamiento de aguas".

II.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación.:

Considera el tribunal que existe una manifiesta infracción de las normas citadas como fundamento de la suspensión provisional, ya que al haber delegado la Nación, propietaria de las aguas subterráneas, el aprovechamiento y administración de las mismas a la CAR, dentro del área de su jurisdicción, no le es dado al Concejo del Distrito Capital acordar aspecto alguno sobre el mismo tema, como lo hizo mediante el Acuerdo No. 3 de 1993.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los fundamentos del recurso de apelación son, en síntesis, los siguientes (fls. 84 a 87 y 97 a 104 del Cdno. Ppal):

Según dispone el artículo 313 de la Constitución Nacional, al Concejo Distrital le corresponde dictar normas para la defensa del patrimonio ecológico, término dentro del cual se incluye la atmósfera, las aguas, la tierra, etc.; por lo tanto se encuentran dentro de dicho patrimonio las aguas subterráneas, sobre las cuales se reglamentaron algunos aspectos en el acuerdo demandado.

La norma constitucional reconoce autonomía a los concejos municipales, como órganos de las entidades territoriales que propenden por una mayor descentralización. Por ello el acuerdo demandado estima que se están presentando fallas ecológicas a causa de la captación de aguas subterráneas, situación que obligó al Cabildo Distrital a hacer uso de la facultad de reglamentación otorgada por el artículo 313 numeral 9 de la Carta Política.

La nueva Carta reflejó la preocupación por la protección del medio ambiente otorgando competencia a las entidades territoriales para controlar directamente todo lo concerniente a éste.

De lo anterior se concluye que el Cabildo Distrital puede regular todo lo concerniente al patrimonio ecológico, sin restricción alguna, pues la Carta Política no le impone ninguna.

Luego, no puede hablarse de vulneración del artículo 102 de la Carta, pues el control y preservación del patrimonio ecológico le corresponde por norma constitucional al municipio, como parte de la descentralización consagrada en la Carta Política.

La otra norma que se considera infringida con el acto acusado es el artículo 334 de la Carta, el cual establece que el Estado intervendrá en la explotación de los recursos naturales por mandato de la ley, pero el municipio al regular lo relativo al patrimonio ecológico, actúa mediante actos administrativos, con lo cual no contraviene la Constitución.

El artículo 4 de la Ley 3 de 1961, que otorgó funciones a la CAR no se transgrede en cuanto que existe una norma superior posterior, el artículo 313 de la Constitución, que otorga esta atribución a los municipios.

Los artículos 42 y 83 del Decreto 2811 de 1974 se refiere a la propiedad de los recursos naturales y aguas subterráneas en cabeza de la Nación. Analizado el acuerdo demandado, este no se arroga la propiedad de las aguas subterráneas, luego esta norma tampoco resulta infringida, y en cuanto se prohibe a las entidades territoriales gravar con impuesto al aprovechamiento de aguas, el acuerdo acusado no fija impuesto alguno, sino establece una tarifa por concepto de extracción de aguas como recuperación de los costos de los servicios o participación en los beneficios.

Esta competencia, como las otras otorgadas por el artículo 313 de la Carta, no requieren de ley que las desarrolle. Así el Concejo puede y debe adoptar planes y programas de desarrollo, reglamentar los usos del suelo, reglamentar las funciones para la prestación de los servicios a su cargo etc. Todas estas funciones las cumple el Cabildo de manera directa sin que medie ley que desarrolle sus funciones.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de analizar y sopesar jurídicamente las razones expuestas en la solicitud de la medida precautelativa, en el auto materia de apelación y en los escritos de

interposición del recurso, la Sala considera que la decisión de suspender provisionalmente los efectos del acto demandado ha de ser mantenida, por las siguientes y breves razones:

1o.- Porque **si bien es cierto que el artículo 313-9 de la Carta Política atribuye a los Concejos la función de "Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio", no lo es menos que tales normas sólo pueden expedirse con sujeción a las disposiciones legales que regulan dichas materias, conforme lo preceptúa el artículo 288** ***ibídem***, en los siguientes términos.

> "**Artículo 288.** La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.
>
> "Las competencias atribuídas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad en los términos que establezca la ley".
>
> **Lo anterior significa, a juicio de la Sala, que hasta tanto no se expida la correspondiente Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, las entidades territoriales no pueden *motu proprio* asignarse competencias que de acuerdo con el régimen legal anterior o posterior a la vigencia de la nueva Carta Política se encuentran radicadas en cabeza de otras entidades u organismos del Estado.**

En efecto, si de acuerdo con los artículos 42 y 83 del Decreto Ley 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente) pertenecen a la Nación "los estratos o depósitos de aguas subterráneas", y si, de otra parte, el artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961, "por la cual se crea la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá" (hoy Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-), establece como funciones de la misma, entre otras, planificar, promover, ejecutar y administrar las obras necesarias para el aprovechamiento de aguas subterráneas y "administrar, en nombre de la Nación, las aguas de uso público en el área de su jurisdicción, para lo cual se le delegan las facultades de conceder, reglamentar, suspender o regularizar el uso de las aguas superficiales o suterráneas...", **de ello resulta la ineludible conclusión de que los concejos municipales en general, y para el caso bajo estudio el del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, al expedir actos como el acusado, tendientes a la preservación y defensa del patrimonio ecológico, deberán ceñirse y respetar en un todo la mencionada regla de competencia.**

2o.- Porque si bien las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, tal autonomía y el ejercicio de sus competencias debe enmarcarse dentro de las regulaciones constitucionales y legales, como expresamente lo dispone el artículo 287 de la Carta Política.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- CONFIRMASE el ordinal 2o. de la parte resolutiva del auto de 2 de diciembre de 1993, proferido por la Sección Primera del Tribunal Admistrativo de Cundinamarca.

2o.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SECCION SEGUNDA

GACETA DEPARTAMENTAL/ACTO ADMINISTRATIVO/PUBLICACION-Improcedencia/**REGLAMENTO GENERAL**-Inexistencia

La resolución demandada es un acto administrativo cuyos destinatarios específicos con los auditores especiales, a quienes ordena que todo acto que profieran y que se relacione con su personal debe ser remitido al despacho del Contralor General del Departamento de Cundinamarca para su revisión; la mencionada instrucción que fue dada por el demandante a personal subalterno, a juicio de la Sala no es propiamente un reglamento de carácter general que necesitara en estricto sentido jurídico para su cumplimiento, de su previa publicación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 9o. de la Ordenanza 01 de 1985 y de la Ley 57 de 1985.

AUDITOR FISCAL-Elección/**AUDITOR ESPECIAL**-Nombramiento/**ANALOGIA**-Improcedencia/**CONTRALOR ESPECIAL**-Funciones/**CONTROL FISCAL/AUDITOR ESPECIAL**-Facultades

El parágrafo del artículo 8 de la Ordenanza 01 de 1985 es aplicable sólo al sistema de elección de los auditores especiales, en el evento de que la persona nombrada no acepte la designación, y no para el cargo que tenía que proveer el demandante en el caso *sub-júdice*, por lo que éste no estaba en la obligación de dar aplicación analógica a dicho artículo de la comentada Ordenanza, para nombrar al Auditor Fiscal a que se ha hecho referencia, por las restricciones que tiene la analogía en el ámbito del derecho público. Si se lee con detenimiento el artículo 6o. de la Ordenanza 2, se observa que él está destinado a señalarles a los audi-

tores especiales la competencia respecto al ejercicio del Control Fiscal y a determinar el ordenamiento jurídico conforme al cual debe ejercerse tal control; luego debe concluírse que la facultad de revisión de los actos de los auditores especiales que al Contralor le asigna el parágrafo del mismo artículo 6o., se predica únicamente de aquellos que se refieren a dicho "control fiscal" y no a los concernientes al nombramiento y remoción del personal de las auditorías especiales. El actor en el desempeño del cargo de Contralor, no podía interferir la competencia que tenían los auditores especiales como autoridades nominadoras de su personal subalterno.

CONTRALOR GENERAL-Facultades/**FACULTAD SANCIONATORIA/EMPLEADO DE MANEJO**

La Ordenanza 01 del 31 de octubre de 1985 sólo derogó parcialmente el literal P) acápite b) del artículo 435 del Código Fiscal de Cundinamarca, dejando vigente la atribución del Contralor General para sancionar a los funcionarios de sus dependencias y a los de manejo sometidos a su fiscalización, por el no cumplimiento oportuno de las obligaciones fiscales que le establezca el ejercicio de sus funciones, motivo por el cual siendo la tesorera general del Departamento empleada de manejo aquel funcionario contaba con facultad para sancionarla.

NORMA LEGAL-Vigencia/**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO**-Funciones/**CORTE CONSTITUCIONAL**-Funciones/**CONTROL JURISDICCIONAL**-Objeto/**PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**-Facultades

La vigencia o no de las disposiciones legales, se deriva de lo que sobre la materia por ellas regulada o sobre su vigencia, dispongan normas posteriores; pero en manera alguna la determinación de la vigencia de una norma está asignada al juez, con prescindencia de la autoridad administrativa, pues a uno y a otra les corresponde hacer tal determinación, cuando la aplican a un caso concreto. Diferente es, la competencia que tienen la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para determinar la constitucionalidad y la legalidad de las disposiciones sujetas a su control, evento en el que, obviamente, no se analiza su vigencia, sino su conformidad con el ordenamiento jurídico superior. De ahí que no resulte acertado afirmar que la Procuraduría no podía entrar a determinar cuál de las dos normas era la aplicable a la situación táctica sobre la cual debía pronunciarse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo-. Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expedientes Nos. 3900 y 3901. Acumulados. Autoridades Nacionales. Actor: Rafael Corrales Ramírez.

Rafael Corrales Ramírez, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", solicitó la declaratoria de nulidad de las providencias del 5 de julio de 1988 dictadas por el señor Procurador General de la Nación, mediante las cuales fueron modificadas las resoluciones Nos. 035 y 047 de 1987 expedidas por el señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, y se decidió sancionar con solicitud de destitución al demandante en la calidad que tuvo de Contralor General del Departamento de Cundinamarca (folios 10 a 25 expediente No.3901 y 2 a 15 expediente No.3900); de igual modo pidió la nulidad de la primera de las resoluciones aludidas proferidas por dicho Procurador Delegado que impuso sanción disciplinaria de multa al actor (folios 16 a 26 cuaderno No.2).

1. El proceso 3901

A) Los hechos en que se fundamenta la demanda que dio lugar al proceso 3901, en el que se pide la nulidad del acto administrativo proferido por el Procurador General de la Nación el 5 de julio de 1988 que modificó la resolución No. 047 del 16 de diciembre de 1987 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, pueden resumirse así:

El demandante fue elegido por la Asamblea Departamental de Cundinamarca como Contralor General de ese departamento para el período comprendido entre el 1o. de julio de 1981 y el 30 de junio de 1983, y reelegido en dos ocasiones en el citado cargo; encontrándose en ejercicio del empleo, fue removido por la Asamblea Departamental con base en una petición hecha por el Procurador General de la Nación, en virtud de quejas que fueron formuladas contra el actor; el celo con que éste actuó en defensa de los intereses del Departamento de Cundinamarca, provocó la reacción de quienes se sintieron molestos o lesionados con sus actuaciones y fue así, como se presentaron en contra del demandante nuevas quejas ante la Procuraduría General de la Nación que dieron origen a tres procesos disciplinarios, dos de los cuales fueron acumulados; el señor Procurador General de la Nación impuso al actor una sanción en abstracto, es decir, sin dirigirla a funcionario, entidad u organismo alguno, que en este caso debía ser la Asamblea Departamental de Cundinamarca, como sí se hizo en la providencia del 19 de julio de 1986 en que se solicitó a dicha Corporación la remoción del demandante; tampoco se ordenó que se comunicara la decisión a la Asamblea Departamental, lo cual indica que fue la voluntad del señor Procurador que los efectos de su decisión no debían trascender al ente nominador; que la finalidad perseguida se obtenía con la sola decisión, en cuanto la solicitud de destitución constituía una sanción en sí misma; expresa que hasta la fecha de la demanda no se conoce ningún pronunciamiento de la mencionada corporación administrativa, respecto de la decisión del señor Procurador en el sentido de sancionar al actor.

Manifiesta igualmente, que en los procesos disciplinarios acumulados se le hicieron al actor cinco cargos con fundamento en las quejas que fueron hechas en contra suya, a saber:

a) haber sancionado a la señora Martha Patricia Jiménez Rodríguez, Auditora Especial ante la Lotería de Cundinamarca, con multas sucesivas de diversa cuantía, sin contar con facultad legal para ello;

b) poner en ejecución la resolución No. 855 del 22 de abril de 1986, sin que previamente hubiera sido publicada en la Gaceta de Cundinamarca;

c) hacer perentoria la revisión de todos los actos administrativos que dictaran los auditores especiales relacionados con el personal de las oficinas, no pudiendo ejecutarse tales actos de manera inmediata, sin el cumplimiento de esa formalidad;

d) atribuirse funciones que no le correspondían, e interferir e impedir las atribuciones de la Auditoría Especial de la Lotería de Cundinamarca; y

e) no realizar el nombramiento de Auditor Fiscal ante la Contraloría, con otro candidato de la terna original y dentro del plazo legal, al no aceptar el primero de los elegidos.

Agrega que el celo y rectitud con que el demandante ejerció su empleo, le acarreó la animadversión y las quejas de algunos funcionarios, hechos que fueron reconocidos por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa en providencia del 5 de septiembre de 1985; que en este asunto no se pide el reintegro del demandante y el pago de las correspondientes indemnizaciones, ya que el acto impugnado no produjo la desvinculación del servicio de quien fue retirado en virtud de otros actos administrativos, que fueron demandados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con petición de restablecimiento del derecho en tales aspectos, fuera de que el período respectivo venció en junio de 1987; que en el caso *sub-júdice* el restablecimiento del derecho se logra con la sola nulidad del acto que le impuso al demandante la referida sanción; que acorde con las disposiciones pertinentes del C. C. A., el acto impugnado es de carácter definitivo y respecto de él se agotó la vía gubernativa (folios 27 a 48 expediente No.3901).

B) Como **disposiciones violadas** se citan los artículos 26, 65, 143 y 187, ordinal 5 de la Constitución Política anterior; 14 y 18 de la Ley 25 de 1974; 84, inciso 2o. del C. C. A.; 240 de la Ley 4 de 1913; 70 del Decreto 2407 de 1981 y 22 del Decreto Reglamentario 3404 de 1983; 435 acápites o), literales b) y p) del Código Fiscal de Cundinamarca (Ordenanza No. 24 de 1977), 2o., 5o., parágrafo; 9o., parágrafo, 12 de la Ordenanza No. 1 de 1985, 6o. de la Ordenanza No. 02 del mismo año y 8o. parágrafo de la Ordenanza No. 01 de 1986, todos ellos en armonía con el artículo 192 de la Carta de 1886 y el artículo 85 del Código de Régimen Departamental (folio 48 expediente No. 3901).

C) El **concepto de la violación** de dichas disposiciones por los actos administrativos acusados, aparece desarrollado a folios 48 a 71 del expediente No. 3901 y en él se afirma que **en lo que concierne al primer cargo** formulado al actor, éste no se fundamentó en el artículo 10 de la Ordenanza No. 24 de 1977 (Código Fiscal de Cundinamarca), sino en la parte que quedó vigente del artículo 435, acápite p), literal b), parcialmente derogado por el artículo 13 de la Ordenanza No. 01 de 1985; que tampoco es cierto que el acto hubiera impuesto a la auditora multas sucesivas, pues resulta fácil comprobar por la enumeración de los hechos que dieron origen a las tres sanciones, que ellos son diferentes, separados, cada uno con su propia individualidad; que de otro lado, la reincidencia en la violación de iguales textos normativos a que aluden dos de las mencionadas providencias no implica que se le sancione por una determinada y continuada conducta, sino por hechos distintos que infringen unas mismas disposiciones, fenómeno que determina no la sanción, sino un agravante en la misma; que al no existir tales multas sucesivas, no es exacta la afirmación que sobre el tópico se hace en el acto enjuiciado, por lo que se incurre, acorde con el artículo 84 del C.C.A., en uno de los motivos de nulidad de los actos administrativos, llamado falsa motivación, que para este asunto debe denominarse específicamente errada motivación; que el cargo de que el demandante sancionó a la auditora especial ante la Lotería de Cundinamarca por el cumplimiento de su deber, no se le hizo de ninguna forma; que esta motivación del acto acusado, que cambia el cargo que se le hizo al demandante, de haber sancionado con base en una norma derogada, viola lo establecido en los artículos 14 y 18 de la Ley 25 de 1974 y 22 del Decreto Reglamentario 3404 de 1983, pues según ellos, los cargos deben ser formulados y, por ende, la sanción no se puede imponer sino con fundamento en los que los hubieren sido dentro de las averiguaciones disciplinarias; que igual cosa puede decirse de la consideración que parte de la base de que no existió el previo trámite de un proceso disciplinario, conforme a las reglas establecidas en la resolución No.054 de 1978, pues ese cargo no le fue hecho al actor, por lo que el acto enjuiciado incurre en la infracción de aquellas disposiciones; que a pesar de tratarse de hechos comparables, con la sola comparación de las providencias que produjo la Auditoría Especial ante la Lotería de Cundinamarca y la orden dada por el Contralor, sí fue investigada la conducta de ella y se le oyó en descargos; que aunque la investigación recibió la denominación de fiscal y no de disciplinaria, el hecho es que ella cumplió esencialmente lo dispuesto por el artículo 5o. de la Resolución Reglamentaria No. 154 de 1978; que aquí también incurre el acto enjuiciado en lo que el artículo 84 del C.C.A. llama falsa motivación y que sin que cambien los efectos legales, prefiere llamar errada motivación; que no es exacto que la auditora hubiera sido sancionada debido a que cumplió con sus deberes, puesto que lo fue por haber inclumplido órdenes precisas de su superior jerárquico, que no eran ilegales ya que exigían a los auditores que se sujetaran a la ley; que salvo el primer caso, no se trata de una cuestión de interpretación de normas, pues las disposiciones son bien claras, de modo que no dejan duda, sobre todo cuanto ningún precepto le dio a la auditora especial el carácter de ordenadora ni la atribución de fijar asignaciones a empleos públicos ; que en lo que respecta al artículo 70 del Decreto 2407 de 1981 se dieron precisas instrucciones en la circular No. 002 del

17 de marzo de 1986, dictada por el Contralor General de Cundinamarca, sobre la obligación de ceñirse a dicho estatuto; que de la adecuación de normas que hizo el gobernador del departamento, resultó la contradicción entre el artículo 70 del Decreto 2407 de 1981 y el 36 del Decreto departamental 0478 de 1986; que en verdad el decreto del gobierno departamental estaba amparado por la presunción de legalidad, pero con más razón, ese amparo cubría el decreto del Gobierno Nacional y las referidas disposiciones de la Asamblea Departamental; que el problema no consistía en calificar la legalidad de una norma, sino que había que aplicar la de superior categoría respecto de las de rango inferior, como se le dieron instrucciones a la auditora, y no al revés, como ésta lo hizo, contraviniendo el artículo 240 de la Ley 4a. de 1913; que **con relación al segundo cargo,** la resolución No. 855 del 22 de abril de 1985 pertenece a la clase de esas disposiciones de carácter interno, que no trascienden al público, pues deben ser cumplidas únicamente por funcionarios de una entidad, no tienen por qué ser publicadas, ya que no se dirigen a nadie que se encuentre por fuera del correspondiente organismo y pueden ser conocidas por los servidores de él de manera directa y más efectiva; que en este evento es tan estrecho el círculo de sus destinatarios, que bastaba dar instrucciones por medio de una circular; que en suma, la mentada resolución ni es reglamento ni es de carácter general, razón por la cual el Contralor no estaba obligado a publicarla en la Gaceta de Cundinamarca, antes de ponerla en ejecución; que **en lo que concierne al tercer cargo**, lo explicado por el demandante y expuesto por el señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa sobre este aspecto, es exacto, y no se observa la extralimitación en el ejercicio de las funciones de Contralor de que se habla en la providencia impugnada; que la revisión del respectivo acto, con el fin de controlar su legalidad, no es contraria a la facultad de libre nombramiento y remoción, pues está limitada a ese aspecto y no se dirige a controlar qué personas se designan o se separan del servicio; que así las cosas, no es exacta la tesis sostenida en el acto enjuiciado de que el otorgamiento de esa facultad a los auditores especiales quitó la que tenía el Contralor de revisar los actos referentes con el personal de las respectivas auditorías; que es de lamentar que al actor no se le hubiera formulado un cargo concreto sobre los eventos que menciona el acto impugnado, para que él hubiera tenido la oportunidad de explicar las condiciones en que actuó y la finalidad de su actuación, pero ello no sucedió; **respecto al cuarto cargo** expresa que como fue formulado de modo vago, impreciso, no se tomó en consideración; que **en lo que atañe al quinto y último cargo**, se debe anotar que si en el mismo acto acusado se acepta que tratándose del Auditor Fiscal ante la Contraloría, la Ordenanza No. 1 de 1986 no previó el caso de no aceptación del nombrado con base en la terna elaborada por la Asamblea Departamental, como sí lo hizo respecto del Auditor Especial, en su artículo 8o., no se ve cómo en la misma providencia se sostiene que el actor quebrantó lo normado en tal precepto, a menos que se piense que lo infringió el no haberlo aplicado analógicamente; que sobre el particular cabe observar que así como se podía pensar que de no haber aceptado uno de los integrantes de la terna, ésta mantenía su validez y podía ser nombrado en propiedad uno de los dos restantes candidatos, bien podía también considerar el Contralor General de Cundinamarca que no habiendo aceptado

uno, se desintegraba la terna, motivo por el cual era preciso designar un interino que reuniera los requisitos exigidos para desempeñar el empleo, mientras la Asamblea Departamental procedía a reintegrar la terna; que consideró el demandante, acertada o equivocadamente, que con relación a ese problema no era viable aplicar la analogía; que el hecho es que no se puede sancionar a un funcionario porque aplique un determinado criterio de interpretación cuando la Procuraduría considera que no debe aplicarse ninguno, o porque acorde con su concepto no cabía la extensión analógica de la disposición, y quien sobre él ejerció el poder disciplinario piensa que sí.

D) En el capítulo del escrito introductorio dedicado a las **violaciones de carácter general,** se afirma que "lo relevante y decisivo son las violaciones de carácter general en que incurrió el acto acusado", a saber:

1a.) Sanción por supuestos errores o por discrepancias en la interpretación de preceptos legales y reglamentarios, ya que no es dable que reales o supuestos errores en la interpretación de la ley, es decir, la divergencia de criterio de hermenéutica jurídica que se puedan presentar entre un funcionario y el Ministerio Público, puedan ser motivos de sanción; que si se extendiera el criterio que aflora en la providencia impugnada, jueces y magistrados tendrían que ser sancionados con frecuencia, porque como mortales que son, se equivocan en la interpretación de la ley y no siempre coinciden con lo que de ésta hace el respectivo representante del Ministerio Público; que de acuerdo con la ley, no se está en presencia de una conducta irregular que puede ser sancionada por la Procuraduría General de la Nación y sobre todo con la solicitud de destitución; que decidir sobre la legalidad de los actos administrativos es tarea que compete a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la Procuraduría General de la Nación.

2a.) Desconocimiento del principio de la legalidad de la falta y de la sanción, toda vez que no hay norma, por lo menos aplicable a los empleados públicos departamentales, que establezca las actuaciones del actor como faltas administrativas y sobre todo que haya señalado como sanción para ellas la solicitud de destitución; que la falta y su sanción tienen que estar contempladas en la ley, por el principio de legalidad consagrado en la legislación colombiana y en el país que corresponden al concepto de Estado de derecho.

3a.) Indeterminación del destinartario de la solicitud de destitución, toda vez que en este asunto la providencia acusada no ordenó oficiar o comunicar la decisión del señor Procurador General o enviar copia de aquella a alguien con competencia para cumplirla; que en esta forma se quebrantó el artículo 14 de la Ley 25 de 1974; que al destacar el acto acusado que se ha decidido imponer una sanción disciplinaria ejemplarizante para funcionarios públicos, se considera que el efecto real puede ser contrario a la finalidad buscada, puesto que como habrá de comprobarlo el Consejo de Estado, el sujeto pasivo de la sanción no es alguien que se haya extralimitado en el cumplimiento de sus funciones, sino que sin desconocer la ley, extremó su celo en

defensa de aquellas, en el ámbito fiscal, y de los intereses cuya tutela le confió el Departamento de Cundinamarca por conducto del competente organismo público.

2. El Proceso 3900

A) En el escrito introductorio del proceso 3900, en el que se pide la nulidad del acto administrativo del 5 de julio de 1988, mediante el cual el Procurador General de la Nación modificó la resolución No. 035 de 28 de octubre de 1987 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, al igual que la nulidad de este acto administrativo, se señalan, entre otros **hechos:**

Que como consecuencia de quejas presentadas contra el demandante se dio lugar a una actuación irregular del Procurador General de la Nación que, por providencia del 19 de julio de 1986, resolvió solicitar a la Asamblea Departamental de Cundinamarca su remoción del cargo que ocupaba; que con base en esa petición, dicha corporación administrativa decidió el 21 de julio de 1986 remover del empleo al actor, por lo cual éste quedó desvinculado del servicio; que los mismos motivos que causaron la desvinculación originaron nuevas quejas contra el demandante en virtud de las cuales se adelantaron tres procesos disciplinarios, dos de los cuales fueron acumulados; que en estos procesos acumulados el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, actuando en primera instancia, aceptó los descargos del demandante y, por ende, lo absolvió; que sin embargo esta providencia fue modificada por el señor Procurador General de la Nación; que el otro proceso disciplinario fue adelantado también por el mencionado Procurador Delegado, tanto en lo que concierne al primero como al segundo cargo, y dio lugar en la primera instancia a la resoluciòn No. 035 de 1987, que es objeto de esta demanda, acto que el señor Procurador General también modificó mediante la providencia cuya nulidad igualmente se pide; que como es fácil observar, difieren las dos providencias de la Procuraduría Delegada, mientras que las de la Procuraduría General son idéntidas; que en el proceso disciplinario a que hace mención el libelo, el Procurador Segundo Delegado aceptó los descargos del actor y lo absolvió respecto del segundo cargo, pero no los aceptó en relación con el primero, por lo cual le impuso la sanción disciplinaria de multa en el acto enjuiciado, habiendo apelado el demandante, en este aspecto, la providencia de primera instancia; que el señor Procurador General aceptando tácitamente en su providencia los descargos del actor, en lo atinente al segundo cargo no compartió la decisión del *a-quo* de absolverlo, pues consideró, sin que hubiera cargo alguno al respecto y por consiguiente sin que el inculpado tuviera la oportunidad de hacer el correspondiente descargo, que éste último infringió las normas de la resolución No. 0254 de 1978 sobre procesos disciplinarios; que en lo que concierne al primer cargo, el señor Procurador General compartió las apreciaciones de *la-quo*, pero cambió la sanción de multa por la solicitud de destitución, con base en el primer cargo y en el sustituto del segundo; que el primer cargo consiste en que el actor ordenó la congelación de cuentas de ahorros y corrientes abiertas por la administración del Departamento de Cundinamarca, con fundamento en una disposición que había perdido vigencia; que el segundo cargo se formula porque el demandante

sancionó a la Tesorera General de esta entidad territorial con multa, basándose en norma expresamente derogada; que el señor Procurador General impuso al actor una sanción consistente en la petición de destitución en abstracto, sin dirigirla a funcionario, entidad u organismo alguno, que en este asunto debía ser la Asamblea Departamental de Cundinamarca, como sí se hizo en la providencia del 19 de julio de 1986 que pidió a esta corporación la remoción del demandante; que tampoco se ordenó que se comunicara la decisión a la Asamblea Departamental, lo que indica que fue su voluntad que los efectos de la decisión no debían trascender al organismo nominador, sino agotarse en el mismo ámbito de la decisión; que la finalidad perseguida se conseguía con la sola decisión, en cuanto la petición de destitución constituía una sanción en sí misma; que hasta el momento no se conoce ningún pronunciamiento de la Asamblea Departamental respecto de la determinación del señor Procurador General en el sentido de sancionar al actor con solicitud de destitución.

Al igual que en el proceso 3901, expresa que en el caso *sub-júdice* no se pide el reintegro del demandante y el pago de las respectivas indemnizaciones, toda vez que el acto acusado no produjo la desvinculación del servicio de quien fue retirado en virtud de otros actos administrativos, que fueron impugnados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con solicitud de restablecimiento del derecho en tales aspectos, además de que el período correspondiente venció en junio de 1987; que en este asunto, el restablecimiento del derecho se logra con la sola nulidad del acto administrativo que le impuso la citada sanción; que según las disposiciones pertinentes del C.C.A., el acto acusado que se demanda es un acto administrativo definitivo, respecto del cual se agotó la vía gubernativa (folios 29 a 34 expediente No. 3900).

B) En el expediente No. 3900 (folio 34) se citan como **normas violadas** con los actos administrativos acusados, los artículos 143 de la Constitución Política anterior, 84 del C.C.A; 7, numeral 2, y 14 de la Ley 25 de 1974. Además, se afirma, que la providencia del Procurador General desconoce los artículos 26 de la Carta de 1886; 18 y 23 de la Ley 25 de 1974; 22 del Decreto Reglamentario 3404 de 1983 y el artículo 4o. de la resolución No. 0154 de 1978.

C) En lo que se relaciona con el desarrollo del **concepto de la violaciòn**, comienza el libelista por analizar el segundo cargo en el que, según afirma, únicamente la providencia del Procurador General infringió las normas de la Constitución, la ley y el reglamento invocadas en el escrito demandatorio; que sobre el tópico, la primera observación que se debe hacer y que sería suficiente, es que como el cargo sobre falta de competencia del Contralor General del Departamento de Cundinamarca para sancionar a la Tesorera General resultó inexacto, lo cambió, porque el cargo que se formuló al demandante consiste en que se sancionó a esta funcionaria invocando como fundamento del poder sancionador el artículo 435, aparte P, literal b) del Código Fiscal de Cundinamarca, norma expresamente derogada por la Ordenanza No. 01 del 3 de noviembre de 1985, mientras que el cargo que el señor Procurador General hace al actor es que ello debió hacerlo previo un proceso disciplinario, acorde con lo dispuesto

en la resolución No. 0154 de 1978; que de conformidad con los artículos 14 y 18 de la Ley 25 de 1974 y 22 del Decreto 3404 de 1983, los cargos deben ser formulados al inculpado para que pueda hacer sus descargos; que no puede haber sanción sino con fundamento en cargos formulados dentro de las averiguaciones disciplinarias, en cuanto el inculpado habiendo tenido la oportunidad de hacer sus descargos no pudo desvirtuarlos; que, por consiguiente, también en este asunto se vulneró el derecho de defensa, establecido en el artículo 26 de la Carta de 1886; la segunda observación estriba en que el señor Procurador General no tiene competencia para calificar la legalidad de un acto administrativo, función que le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa; que la presunción de legalidad de los actos administrativos amparaba la resolución mediante la cual el actor multó a la tesorera general; que al sancionar al demandante por una supuesta transgresión de lo prescrito en la resolución No. 0154 de 1978, que no era aplicable en el caso *sub-júdice*, el acto enjuiciado quebrantó el artículo 14 de la Ley 25 de1974 que parte del supuesto de la comisión de una falta disciplinaria y no de una divergencia en la interpretación de la Ley, como también del artículo 143 de la Carta de 1886, según el cual compete a los funcionarios del Ministerio Público, supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, no los criterios conque interpretan los textos legales; que cabe además hacer la observación que la resolución No. 154 de 1978 a que alude el señor Procurador General no es aplicable a la Tesorera General del Departamento de Cundinamarca, ni a empleado alguno que no preste servicios en la Contraloría General de esta entidad territorial, pues dicho acto limita su campo de aplicación a tales servidores públicos; que otra observación que cabe anotar es que la inculpación hecha al actor de no haber adelantado proceso disciplinario contra la Tesorera General, es errónea porque el Contralor General no es superior jerárquico de esta funcionaria, sino su fiscalizador, por cuanto ella no es empleada de la Contraloría, y bien sabido es que los procesos disciplinarios no los puede realizar sino la Procuraduría General y la entidad a la cual se encuentre vinculado el funcionario; que lo que podía hacer e hizo la Contraloría fue llevar a cabo una investigación de carácter fiscal, por conducto de un empleado suyo, el cual rindió un informe, en el que consta que hubo intervención de la Tesorera General sancionada; que con base en la recomendación del empleado que realizó la visita, se impuso la sanción; que esta empleada de manejo manifestó su negativa rotunda a presentar descargos, lo que demuestra la falta de asidero legal de su actuación en este caso y la forma deliberada como pretende desconocer la atribución que tiene el Contralor de ejercer la función fiscalizadora; que como ya se dijo, el fundamento de la resolución del señor Procurador General de la Nación es ilegal, por cuanto no se formuló el correspondiente cargo al actor.

Respecto al primer cargo, expresa que el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y el Procurador General de la Nación coinciden en sus apreciaciones, especialmente en que el artículo 13 de la resolución No. 255 de 1956, con base en el cual se congelaron los fondos a que hace referencia el cargo, perdió los soportes jurídicos que lo sustentaban y que a pesar de la negativa del demandante, está

probado que éste ordenó a los visitadores que congelaran los fondos, según sus testimonios y la carta que el actor remitió a la abogada del Banco Comercial Antioqueño; que sobre este aspecto, en suma, lo único que está probado es que el demandante dictó sendas resoluciones otorgando comisión a los visitadores para adelantar unas investigaciones, que ellos tomaron la decisión de congelar fondos del Departamento de Cundinamarca, que luego el actor fue informado respecto de la determinación de sus subalternos y la respaldó, pero no está probado que hubiera dado la orden de congelamiento; que el cargo no se refiere al respaldo que posteriormente dio el Contralor a la actuación de los visitadores; que al considerarse en este asunto que sí está demostrado, sin estarlo, que el demandante dio dicha orden, los actos acusados incurren en error de motivación, que está comprendido dentro de lo que genéricamente se denomina falsa motivación en el artículo 84 del C.C.A.; que además cabe la observación de que el congelamiento de fondos se hizo debido a que las respectivas cuentas fueron abiertas sin la previa autorización de la Contraloría, como lo manda la Ordenanza No.2 4 de 1977; que las cuentas que fueron abiertas y la congelación de que se responsabiliza al demandante, se realizó en ejecución del contrato de empréstito y del de prenda global o abierta sin tenencia, celebrados entre el Departamento de Cundinamarca y el Banco Comercial Antioqueño; que siendo ello así, la competencia para llevar el proceso disciplinario con relación a este primer cargo y para decidirlo en primera instancia correspondía a la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, de conformidad con el numeral 2o.del artículo 7o. de la Ley 25 de 1974, en concordancia con el numeral 1 del mismo artículo.

D) En el capítulo del escrito introductorio dedicado a las **violaciones de carácter general,** se hace referencia al desconocimiento del principio de la legalidad de la falta y de la sanción, y a la indeterminación del destinatario de la solicitud de destitución, de manera similar a como se hizo en la otra demanda a que se refiere esta sentencia.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su extenso concepto de fondo (folios 954 a 1008 expediente No. 3901), manifiesta, en síntesis, que se comprobaron algunas deficiencias en el ejercicio de las funciones del demandante, tales como las de autorizar el congelamiento de cuentas de ahorro y corrientes, e interferir en la órbita de los actos de remoción de personal realizados por la Auditoría Especial ante la Lotería de Cundinamarca; que no obstante lo anterior, la gran mayoría de los cargos formulados al actor fueron desvirtuados, no acreditándose por lo demás, la intención dolosa de éste con las primeras conductas citadas, razón por la cual la sanción de destitución era desproporcionada a las faltas cometidas; que en estas condiciones, se estima que los procesos disciplinarios adelantados en los que se surtieron las etapas pertinentes, han debido dar como resultado una sanción de multa, como la impuesta por la resolución No. 035 del 28 de octubre de 1987 por el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, pero no la destitución del empleo; que finalmente, en lo que toca con

la censura de carácter general hecha por el libelista, en el sentido de omitirse en los actos impugnados la determinación del destinatario de la petición de destitución, resulta procedente anotar que es una falta que no tiene la fuerza suficiente para conllevar la nulidad de los mismos, máxime si se tiene en cuenta que para el 5 de julio de 1988, fecha de expedición, ya el demandante había sido desvinculado de la administración, a través de actos proferidos el 19 de julio de 1986 por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, los que fueron así mismo demandados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El asunto *sub-júdice* consiste en dilucidar la legalidad de dos providencias del 5 de julio de 1988 dictadas por el señor Procurador General de la Nación, mediante las cuales se decidió sancionar con solicitud de destitución al demandante en la calidad que tuvo de Contralor del Departamento de Cundinamarca, y de la resolución No. 035 del 28 de octubre de 1987 dictada por el señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, por la cual se sanciona al actor con multa de $89.784.28, valor correspondiente a un mes del sueldo que devengaba en el citado cargo.

Como consta en el expediente 3901, en los procesos disciplinarios acumulados por la Procuraduría que se siguieron contra el actor, se le formularon cinco cargos que finalmente dieron origen a una de las providencias del 5 de julio de 1988 objeto de la acción, la cual además de solicitar la imposición de la aludida sanción disciplinaria, modificó la resolución No. 047 del 16 de diciembre de 1987 expedida por el mencionado señor Procurador Segundo Delegado. Los cargos a que se hace referencia en dicha providencia (folios 10 y 11 expediente No. 3901), pueden resumirse así:

1.- Haber sancionado el demandante a Martha Jiménez Rodríguez, Auditora Especial ante la Lotería de Cundinamarca, con multas sucesivas, no obstante que la Ordenanza No. 01 de 1985 en su artículo 139 derogó, en forma expresa el artículo 10 de la Ordenanza No. 24 de 1977 (Código Fiscal de Cundinamarca) y, por consiguiente, privó al Contralor General del Departamento de Cundinamarca de esa facultad.

2.- Poner en ejecución la resolución No. 855 del 22 de abril de 1986, sin que con antelación hubiera sido publicada en la Gaceta de Cundinamarca.

3.- Hacer perentoria la revisión de los actos administrativos dictados por los auditores especiales concernientes al personal de sus oficinas, no pudiendo tales actos ejecutarse de manera inmediata sin el cumplimiento de esta formalidad.

4.- Atribuirse funciones que no le correspondían, interferir e impedir las tareas de la Auditoría Especial de la Lotería de Cundinamarca.

5.- No realizar el nombramiento de Auditor Fiscal ante la Contraloría, con otro candidato de la terna original, dentro de los términos legales, al no aceptar la designación el primero de los elegidos.

En el otro proceso disciplinario que se adelantó contra el demandante por la Procuraduría y que trajo como consecuencia la expedición de la otra providencia acusada de fecha 5 de julio de 1988, que además de sancionar con solicitud de destitución al actor, modificó la resolución No. 035 del 28 de octubre de 1987 proferida por el referido Procurador Segundo Delegado, se le formularon al actor dos cargos, a saber:

1.- Haber ordenado que se congelaran los fondos correspondientes a cuentas corrientes y cuentas de ahorro de la Tesorería General del Departamento de Cundinamarca en el Banco Comercial Antioqueño (Oficina Parque Santander).

2.- Haber sancionado a la Tesorera General del Departamento de Cundinamarca con multa de $80.000.oo, mediante resolución No. 1169, invocando como fundamento para el efecto, el artículo 435, aparte P), literal b) del Código Fiscal de Cundinamarca, norma expresamente derogada por la Ordenanza No. 01 del 3 de noviembre de 1985.

En las demandas presentadas ante esta Corporación, la parte actora persigue la nulidad de los actos administrativos acusados a que se ha hecho referencia, para lo cual expone argumentos de carácter jurídico, orientados a desvirtuar los diferentes cargos hechos al demandante que sirvieron a tales actos de soporte legal.

Procede la Sala a estudiar en primer lugar, los planteamientos del libelista, para establecer si le asiste razón en las súplicas impetradas en el escrito introductorio que obra en el expediente 3901.

Sobre el tópico, una vez analizados por la Corporación el acervo probatorio allegado al proceso y los argumentos expuestos por la parte demandante, que se sintetizan en su alegato de conclusión (folios 920 a 943 expediente No. 3901), encuentra que la mayoría de ellos no están desprovistos de sólidos fundamentos jurídicos para desvirtuar los cargos que se le hicieron al actor y que sirvieron de soporte legal para la expedición de los actos administrativos enjuiciados.

En efecto, respecto de los aludidos cinco primeros cargos formulados al demandante, a que se ha hecho mención, el primero de ellos atinente a las sanciones de multas sucesivas impuestas a la Auditora Especial ante la Lotería de Cundinamarca, dirá la Corporación que del análisis de las resoluciones Nos. 928, 950 y 1215 de 1986 (folios 801 a 809 expediente No. 3901) se determina que las sanciones fueron adoptadas con base en facultades concedidas por el artículo 435, aparte p), literal b) del Código Fiscal de Cundinamarca y por la resolución No. 0154 de 1978. Por ende, no fue con fundamento en el artículo 10 de la Ordenanza 24 de 1977, que el demandante aplicó las referidas sanciones de multa. Además, en cuanto a la providencia de la Procuraduría

General que alude a que el actor sancionó a la Auditora Especial, entre otras razones, por el cumplimiento de sus deberes, debe destacarse que estas consideraciones no se hicieron en el pliego de cargos formulado al demandante (folios 832 y 833 *ibídem*), desconociéndose por este motivo, el derecho del actor a controvertir dichas afirmaciones de la providencia enjuiciada, dentro del proceso disciplinario que se adelantó.

En lo que concierne al segundo cargo, poner en ejecución la resolución No. 855 de 1986 sin que con anterioridad hubiera sido publicada en la Gaceta del Departamento de Cundinamarca, se concluye de su contenido (folio 667 *ibídem*), que es un acto administrativo cuyos destinatarios específicos son los auditores especiales, a quienes ordena que todo acto que profieran y que se relacione con su personal, debe ser remitido al despacho del Contralor General del Departamento de Cundinamarca para su revisión; la mencionada instrucción que fue dada por el demandante a personal subalterno, a juicio de la Sala, no es propiamente un reglamento de carácter general que necesitara en estricto sentido jurídico para su cumplimiento, de su previa publicación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 9o. de la Ordenanza No. 01 de 1985 y de la Ley 57 de 1985.

El tercer cargo será objeto de análisis posterior.

En relación con el cuarto cargo hecho al actor, atribuirse funciones que no eran de su competencia, interferir e impedir las actividades de la Auditoría Especial de la Lotería de Cundinamarca, se encuentra que la providencia enjuiciada dictada por el señor Procurador General de la Nación no hizo consideración alguna sobre el tópico, motivo por el cual, en opinión de la Sala, es innecesario adentrarse en su análisis.

Respecto al quinto cargo, no haber efectuado el actor el nombramiento de Auditor Fiscal ante la Contraloría de Cundinamarca, con base en la terna original, encuentra razonable la Sala los planteamientos formulados por la parte actora sobre este aspecto en el escrito introductorio; puesto que el parágrafo del artículo 8 de la Ordenanza 01 de 1986 es aplicable sólo al sistema de elección de los auditores especiales, en el evento de que la persona nombrada no acepte la designación, y no para el cargo que tenía que proveer el demandante en el caso *sub-júdice*, por lo que éste no estaba en la obligación de dar aplicación analógica a dicho artículo de la comentada Ordenanza, para nombrar al Auditor Fiscal a que se ha hecho referencia, por las restricciones que tiene la analogía en el ámbito del derecho público.

No obstante lo expuesto, la Corporación es de opinión que el tercer cargo que sirvió de soporte jurídico para la decisión de la solicitud de destitución del actor en la providencia acusada (folios 20,21 y 22 *ibídem*), que modificó la resolución No. 047 del 16 de diciembre de 1987 dictada por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, no logró ser desvirtuado en forma satisfactoria por la parte demandante, pues al analizar la incidencia que la Ordenanza No. 8 del 5 de diciembre de 1985, tuvo en relación con la Ordenanza No. 02 del 18 de noviembre del mismo año, se llega a la conclusión de que el demandante carecía de competencia para hacer

perentoria la revisión de los actos de los Auditores Especiales relacionados con el personal de sus despachos y, menos aún, para prohibir su ejecución mientras no se cumpliera tal formalidad.

En efecto, si se lee con detenimiento el artículo 6o. de la Ordenanza No. 2 (fl. 467), se observa que él está destinado a señalarles a los Auditores Especiales la competencia respecto al ejercicio del Control Fiscal y a determinar el ordenamiento jurídico conforme al cual debe ejercerse tal control; luego debe concluirse que la facultad de revisión de los actos de los Auditores Especiales que al Contralor le asigna el parágrafo del mismo artículo 6o., se predica únicamente de aquellos que se refieren a dicho "control fiscal" y no a los concernientes al nombramiento y remoción del personal de las auditorías especiales.

Refuerza la anterior conclusión, el texto del artículo 9o.*ibídem*, en cuyo inciso final se dicho que "el personal de las Auditorías Especiales será nombrado mediante resolución conjunta del Contralor y el respectivo Auditor Especial", y la circunstancia de que esta norma hubiera quedado sin vigencia en virtud de la Ordenanza No. 8 que le quitó toda injerencia al Contralor en esta materia, cuando en su artículo 5o. dispuso que el personal de las auditorías especiales, es de libre nombramiento y remoción del auditor especial (folio 692*ibídem*). Fluye de lo anterior con claridad, que el actor en el desempeño del cargo de Contralor no podía interferir la competencia que tenían los auditores especiales como autoridades nominadoras de su personal subalterno, como lo hizo en el caso *sub-exámine*.

Para la Sala, además, no deja de tener relevancia jurídica para la evalución de los alcances de la conducta asumida por el actor en este tópico, la expedición de la resolución 1203 del 13 de julio de 1986, mediante la cual concedió vacaciones a una funcionaria; decisión intrascendente, si mediante este acto administrativo no se hubiera dejado sin efecto una decisión adoptada por la Auditora Especial, como autoridad nominadora de sus subalternos, consistente en la desvinculación del servicio de aquella funcionaria mediante la declaración de insubsistencia de su nombramiento. Tal intromisión se deduce del texto de la mencionada resolución 1203 y de lo expresado por el mismo demandante en oficio del 24 de junio de 1986 dirigido a dicha Auditora, en el que además de informarle que le ha concedido vacaciones a la funcionaria declarada insubsistente, le expresa que "así las cosas no se considera viable por el momento impartir la revisión" del acto de desvinculación, entre otros.

Como corolario de lo anterior se tiene que este cargo contra el actor tenía suficiente fundamento jurídico y, en consecuencia no fue desvirtuado por éste.

No es dable por lo tanto, acceder a las pretensiones del escrito demandatorio en cuanto a la nulidad de la providencia del señor Procurador General de la Nación que modificó la resolución No. 047 del 16 de diciembre de 1987, puesto que para infirmar el acto, es necesario que la parte demandante hubiera desvirtuado dentro del proceso,

todos los fundamentos jurídicos que sirvieron de soporte a la expedición de la providencia cuya nulidad se impetra.

Debe ahora estudiarse si el demandante logró desvirtuar dentro del plenario los dos cargos que sirvieron de fundamento legal para proferir la providencia del 5 de julio de 1988, que modificó la resolución No. 035 del 28 de octubre de 1987 de la Procura- duría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, en el sentido de sancionar con solicitud de destitución al actor y no de imponer una multa en la cuantía señalada en dicha resolución, que es objeto de impugnación por el libelista dentro del expediente 3900.

El segundo de los cargos se relaciona, como ya se dijo, con el hecho de que el demandante sancionó con multa a la Tesorera General del Departamento de Cundinamarca, invocando para el ejercicio de esa facultad el artículo 435, aparte p), literal b) del Código Fiscal de Cundinamarca, norma derogada expresamente por la Ordenanza No. 01 del 3 de noviembre de 1985.

La providencia del señor Procurador General al no compartir la decisión adoptada sobre este punto por su inferior jerárquico, sostiene que si bien el Contralor General de Cundinamarca no ha perdido el poder sancionador sobre los empleados de su dependencia y de los de manejo sometidos a fiscalización, entre los cuales se encuentra el Tesorero General de dicha entidad territorial, "ello debe hacerlo, previo un proceso disciplinario, conforme lo prescribe la resolución No. 0154 de 1978, en virtud a que el artículo 10 de la Ordenanza No. 24 de 1977 que lo facultaba para imponer multas sucesivas hasta por el valor de una asignación mensual, fue expresamente derogado por el artículo 13 de la Ordenanza 01 de 1985, ..." (folio 13 expediente No. 3900).

Para absolver del cargo al actor en la primera instancia, el mencionado Procurador Segundo Delegado, sostuvo en la resolución No. 035 de 1987:

> "En lo que respecta al cargo compendiado en el numeral 2o. del oficio del 26 de mayo último, acepta la delegación que ciertamente la Ordenanza 01 de 1985 en su artículo 13 derogó el artículo 435, literal P), acápite B) del Código Fiscal en la expresión "así como a los demás funcionarios del departamento o de los municipios o de cualquier otra entidad bajo su control", mas no aquella que dice "a los empleados de sus dependencias y a los de manejo sometidos a la fiscalización". En consecuencia el Contralor General del Departamento de Cundinamarca no ha perdido el poder sancionador frente a estos empleados, los de sus dependencias y los de manejo sujetos a la fiscalización, entre los cuales está comprendido, lógicamente, el Tesorero General del Departamento, por ser un empleado de manejo sobre el que recae el control fiscal. En este sentido no incurrió el doctor Corrales Ramírez en quebranto de la ley, ni desbordó la potestad que le asistía en materia sancionadora". (folios 24 y 25).

Para desvirtuar el cargo, la parte actora expuso en el libelo, entre otras razones, la siguiente:

"Y lo cambió la providencia del Procurador General porque el cargo que se formuló al ex-Contralor Corrales consiste en que sancionó a la Tesorera General del Departamento "invocando como fundamento del poder sancionador el artículo 435, aparte P, literal b) del Código Fiscal de Cundinamarca, disposición ésta expresamente derogada por la Ordenanza 01 del 3 de noviembre de 1985 ..."; y el cargo que el Procurador General de la Nación formula al demandante es que "... ello debe hacerlo, previo un proceso disciplinario, conforme lo prescribe la resolución No. 0154 de 1978...".

La motivación de la providencia del señor Procurador General de la Nación a que se ha hecho referencia y la correspondiente decisión violan los artículos 14 y 18 de la Ley 25 de 1974, y 22 del Decreto Reglamentario 3404 de 1983, pues según el segundo y el tercero de los citados preceptos, los cargos deben ser formulados al inculpado, para que pueda hacer sus descargos, defenderse, sin que proceda la sanción prevista en el primero si no se cumplió con ese requisito.

No puede haber sanción sino con base en cargos formulados dentro de las averiguaciones disciplinarias, en cuanto el inculpado habiendo tenido la oportunidad de hacer sus descargos, no pudo desvirtuarlos.

La providencia acusada infringió también por tal concepto, es decir, por cuanto vulneró el derecho de defensa, el artículo 26 de la Constitución Nacional".(folios 37 y 38 *ibídem*).

Y en verdad que para la Sala los argumentos transcritos son suficientes para invalidar el cargo hecho al demandante en la providencia enjuiciada, respecto de que para aplicar la sanción a la Tesorera General del Departamento de Cundinamarca, el demandante ha debido previamente adelantar el proceso disciplinario, puesto que sobre este tópico no se hizo mención en el respectivo pliego de cargos formulado al actor, razón por la cual se vulneró el ejercicio de su derecho de defensa en este asunto.

Además, el cargo como inicialmente fue formulado al actor carece de sustento legal, ya que la Ordenanza No. 01 del 31 de octubre de 1985 (folios 464 y 465 expediente No. 3901) sólo derogó parcialmente el literal P) acápite b) del artículo 435 del Código Fiscal de Cundinamarca (folios 103 a 425 *ibídem*), dejando vigente la atribución del Contralor General para sancionar a los funcionarios de sus dependencias y a los de manejo sometidos a su fiscalización, por el no cumplimiento oportuno de las obligaciones fiscales que le establezca el ejercicio de sus funciones (folio 259 *ibídem*), motivo por el cual siendo la Tesorera General del Departamento empleada de manejo, aquel funcionario contaba con facultad para sancionarla.

Finalmente, la Corporación aludirá al cargo atinente a que el demandante dio la orden para que se congelaran los fondos correspondientes a cuentas corrientes y de ahorros que tenía la Tesorería General del Departamento de Cundinamarca en el Banco Comercial Antioqueño (Oficina Parque Santander), no obstante que el artículo

13 de la resolución orgánica 225 de 1956 que facultaba a la Contraloría para tomar una decisión de esta naturaleza, había perdido vigencia en virtud de la Ordenanza No. 55 de 1958.

Como puede verse en el contenido de los actos administrativos impugnados, los funcionarios de la Procuraduría que los expidieron están de acuerdo en que este cargo formulado al actor tiene la fuerza probatoria y legal para determinar que el demandante incurrió por este aspecto en falta disciplinaria, por excederse en el ejercicio de sus competencias.

La parte actora expresa en el escrito introductorio que al sustentarse la decisiòn de dichos funcionarios en la supuesta desaparición de los soportes del artículo 13 de la resolución 225 de 1956, es decir, en el decaimiento de esta disposición, tal cuestión no puede decidirse sino por la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que la Procuraduría invade una órbita de competencia que no le corresponde, pues no caben dentro de sus atribuciones aspectos relacionados con la hermenéutica jurídica.

Sobre el particular la Sala anota en primer lugar, que la vigencia o no de las disposiciones legales se deriva de lo que sobre la materia por ellas regulada o sobre su vigencia, dispongan normas posteriores; pero en manera alguna la determinación de la vigencia de una norma está asignada al juez, con prescindencia de la autoridad administrativa, pues a uno y a otra les corresponde hacer tal determinación, cuando lo aplican a un caso concreto. Diferente es, la competencia que tienen la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para determinar la constitucionalidad y la legalidad de las disposiciones sujetas a su control, evento en el que, obviamente, no se analiza su vigencia, sino su conformidad con el ordenamiento jurídico superior. De ahí, que no resulte acertado afirmar que la Procuraduría no podía entrar a determinar cuál de las dos normas era la aplicable a la situación fáctica, sobre la cual debía pronunciarse.

Como puede leerse en la providencia del 5 de julio de 1988, la Procuraduría General manifiesta que la resolución No. 225 de 1956, por la cual se determinan las funciones de la Sección de Visitadores y se dictan normas sobre la práctica de visitas fiscales, fue dictada en uso de las atribuciones otorgadas al Contralor por el artículo 7 de la Ordenanza No. 36 de 1935, el artículo 4o. de la Ordenanza No. 28 de 1944, el Decreto Legislativo No. 1839 de 1956, disposición derogada expresamente por el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958; así mismo, que la Ordenanza citada No. 36 fue íntegramente derogada por el artículo 365 de la Ordenanza No. 55 de 1958 y, que en lo que concierne al artículo 4 de la Ordenanza No. 28 de 1948 que facultaba al Contralor de Cundinamarca para organizar a través de resoluciones el funcionamiento interno de las dependencias de la Contraloría, se han proferido con posterioridad a esa fecha las Ordenanzas Nos. 55 de 1958, 41 de 1962, 3 de 1970 y 24 de 1977 que constituye el actual Código Fiscal de Cundinamarca, ninguno de cuyos preceptos atribuye a ese funcionario, ni a los visitadores fiscales, facultad para congelar cuentas de ahorros o corrientes(folios 11 y 12 expediente No. 3900).

Y dice así la comentada providencia impugnada:

> "Si el doctor Corrales Ramírez, alega la vigencia de la resolución No. 225 de 1956, y por ende el artículo 13, su aplicación exige la **previa autorización del Contralor**, si ésta no se solicitó, los visitadores estarían omitiendo un requisito fundamental, por lo que debe entenderse que al acoger, y consentir la determinación de los visitadores, se estaba autorizando la congelación aludida".

Como lo anota acertadamente la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo "... no se puede hablar de que se trate de un problema de hermenéutica jurídica, sino de ignorancia o desconocimiento de la ley, que por la naturaleza de sus funciones estaba obligado a conocer el Contralor del Departamento de Cundinamarca" (folio 974 expediente No. 3901).

Y añade más adelante:

> "Por otro lado, la parte actora no trajo al plenario, elemento de juicio alguno que permita llevar a establecer que la prementada resolución No. 225 de 1956 se encontraba vigente para el momento en que tuvieron ocurrencia los hechos descritos. En el mismo orden de ideas y de conformidad con lo estatuído en el artículo 141 del C.C.A., estima la Fiscalía que se ha debido acompañar el texto legal, debidamente autenticado, contentivo de las Ordenanzas número 36 de 1935, 28 de 1948, 55 de 1968 y 3 de 1970, cuyo análisis hubiera permitido profundizar más sobre el asunto, en orden a establecer si en verdad "... se presentó ese fenómeno de decaimiento del artículo 13 de la resolución 225 de 1956..."(folio 927 del cuaderno principal).
>
> En estas condiciones, de acuerdo con lo expuesto, se tiene que el entonces Contralor General del Departamento de Cundinamarca, doctor Rafael Corrales Ramírez, con base en la resolución No. 225 de 1956, que carecía de sustento legal según los actos impugnados, hecho que ha debido ser de su conocimiento por la naturaleza de las funciones que desempeñaba, autorizó la congelación de unas cuentas de ahorros y corrientes, con lo que incurrió en falta disciplinaria".

En efecto, como lo sostiene la Fiscalía, debió la parte demandante demostrar dentro del proceso que, al contrario de lo afirmado por el acto demandado, el artículo 13 de la resolución 225 de 1956 sí estaba vigente o que existía alguna otra disposición que de manera expresa le permitía al demandante el ejercicio de dicha competencia o, al menos, que tal artículo no había sido derogado por las normas con base en las cuales la Procuraduría llegó a tal conclusión; pues la aludida providencia proferida por el señor Procurador General de la Nación, que modificó la resolución No. 035 de 1987 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, sostiene que las normas que sirvieron de soporte legal al citado artículo carecen de vigencia jurídica, y que en ninguno de los preceptos del Código Fiscal de Cundinamarca vigente atribuye al Contralor, ni a los Visitadores Fiscales, facultad alguna para congelar cuentas de ahorros o corrientes.

Mas sinembargo tal demostración por parte del demandante no se hizo; y a la Corporación le es imposible establecerlo, pues las normas de alcance no nacional que según la Procuraduría le daban soporte al precitado artículo 13 de la citada resolución 225 y que luego perdieron vigencia, no fueron allegadas al proceso. En tales circunstancias, por este aspecto continúa incólume la presunción de legalidad del acto administrativo.

En cuanto a si el actor autorizó o no el congelamiento de las referidas cuentas corrientes y de ahorros, si bien el análisis conjunto de las declaraciones dadas en el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría por los señores Víctor Ramírez Sabogal, Bernardo Verano Guzmán y Pedro Alfonso Rodríguez (folios 83 a 98 cuaderno de antecedentes No 2), no se llega a la incontrovertible conclusión de que existió la autorización previa del Contralor General de Cundinamarca para dicho congelamiento, sí se infiere del oficio enviado por este funcionario el 10 de septiembre de 1985 a la abogada del Banco Comercial Antioqueño (folios 99 a 102 *ibídem*) que el demandante sí compartió la decisión que en esta materia adoptaron los Visitadores Fiscales de la Contraloría, lo cual se ratifica con lo expresado sobre el particular por la parte actora en la demanda, cuando al aludir a los descargos del demandante se dice que éste acogió y consintió la medida tomada por el Visitador Fiscal, que la actuación no fue anterior a la congelación, sino posterior a su práctica, en otros términos, una vez que los visitadores produjeron la congelación de los fondos, ella fue aprobada (folios 43 y 44 del expediente No 3900). Tales afirmaciones se hacen de manera similar en el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto contra la resolución No 035 del 20 de octubre de 1987 (folios 288 a 292 cuaderno de antecedentes No. 2), en virtud de lo cual debe concluirse en sana lógica que resulta acertada la argumentación expuesta en la providencia enjuiciada del 5 de julio de 1988, en el sentido de que "debe entenderse que al acoger y consentir la determinación de los Visitadores, se estaba autorizando la congelación aludida" (folio 12 expediente No. 3900).

De otro lado, respecto del planteamiento del demandante según el cual en este asunto la competencia para adelantar el proceso disciplinario correspondía a la Procuraduría Delegada para la contratación administrativa (folios 51 y 52 *ibídem*), se observa que el cargo formulado al actor se refiere es al hecho de haber autorizado el congelamiento de unas cuentas de ahorros y corrientes, sin tener facultad para ello, por no encontrarse ya vigente la norma que le atribuía esa competencia, y no a irregularidad alguna en que el demandante hubiera incurrido en materia de contratación administrativa por lo que tal argumento carece de validez.

Para concluir, la Corporación hace suya las siguientes opiniones de la Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, emitidas en su concepto de fondo:

> "Finalmente en cuanto toca con la censura de carácter general, formulada por el libelista, en el sentido de omitirse en los actos acusados la determinación del destinatario de la solicitud de destitución, resulta pertinente anotar que es una

falla que no tiene la fuerza suficiente, para conllevar la nulidad de los mismos máxime si se tiene en cuenta que para el 5 de julio de 1988, fecha de expedición, ya el actor había sido removido de su empleo, por medio de actos producidos el 19 de julio de 1986, por la Asamblea Departamental de Cundinamarca (folio 27 y siguientes del cuaderno de antecedentes No 2), los que fueron igualmente demandados ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca" (folio 1007 expediente No 3901).

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de las demandas instauradas, dentro de los procesos acumulados 3900 y 3901, por el Doctor Rafael Corrales Ramírez con el fin de obtener la nulidad de las providencias de 5 de julio de 1988 proferidas por el señor Procurador General de la Nación y de la resolución No. 035 de 28 de octubre de 1987 dictada por el señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

*Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Javier Díaz Bueno,*Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

MINISTERIO DE TRABAJO-Funciones/**CONTROVERSIAS JUDICIALES/ RAMA JUDICIAL/COMPETENCIA**

La situación alegada por el Sindicato, incuestionablemente tiene carácter jurídico, puesto que deviene de la aplicación de una estipulación consagrada en el laudo arbitral de 1985, que definió un conflicto laboral colectivo entre los integrantes del Sindicato de Trabajadores de Transporte Urbano del Municipio de Cúcuta y la empresa Transguasimales S.A., según se desprende de su texto. Siendo el conflicto de incontrovertibles perfiles jurídicos, los funcionarios del Ministerio de Trabajo carecían de competencia para dilucidarlo. Por ende, la resolución No. 108 de 1990, que por tal razón, revocó la No. 1649 de 1989, definitoria del debate que por los motivos aludidos, se les planteó a las autoridades del ramo, se ajusta a los principios legales, doctrinales y jurisprudenciales que regulan esta materia. Consiguientemente no procede a declarar su nulidad, como lo impetra el Sindicato accionante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá D.C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5378. Resoluciones Ministeriales. Actor: Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia -UNIMOTOR-.

El Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia -Unimotor-, solicita al Tribunal Administrativo del Norte de Santander declarar la nulidad de la resolución No 108 del 22 de enero de 1990, proferida por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Norte de Santander, por medio de la cual se revocó la resolución No 1649 del 24 de agosto de 1989, artículos 1o.,2o. y 3o., de la Inspección de Trabajo de la Sección de Relaciones Colectivas e Individuales y de Inspección de la mencionada División, por la cual se había declarado que la Empresa de Transportes Guasimales S. A. -Transguasimales-, había violado el artículo 1o., literales A y B del laudo arbitral de 22 de abril de 1985.

HECHOS

Relata la demandante que a raíz del trámite surtido en la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Norte de Santander, se profirió la resolución No 1649 de 1989, por la cual se declaró que la empresa TRANS-GUASIMALES S.A., con domicilio en Cúcuta, violó los literales A y B del artículo 1o. del laudo arbitral de 22 de abril de 1985 y la conminó con multa equivalente a tres salarios mínimos, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por cada día que pretermitiera el cumplimiento de la obligación de cancelarle a los conductores de buses T.S.S. un salario equivalente al mínimo legal y veinticinco centavos ($ 0,25) por cada pasajero transportado y el salario mínimo más veinte centavos ($ 0,20) por cada pasajero transportado, a los conductores de buses ordinarios, a que se refieren en los literales A y B del artículo 1o. del Laudo Arbitral de 22 de abril de 1985; que dicha resolución fue confirmada por la No. 1840 de 1989; empero, tal decisión fue revocada por la resolución No. 108 de 1990, que adolece de falsa motivación, ya que no es cierto que el Ministerio de Trabajo carezca de competencia para hacer las declaraciones aludidas, puesto que los funcionarios de la Inspección del Trabajo tienen facultad para vigilar y sancionar a las empresas que violan los pactos, convenios, laudos arbitrales de trabajo, en detrimento de los derechos de los trabajadores; que el artículo 9o. del C.S. del Trabajo consagra la protección al trabajo y la obligación de los funcionarios públicos de prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones y que el artículo 17 *ibídem,* establece que la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales está encomendada a las autoridades administrativas del Trabajo; que no se trataba de definir derechos individuales, ni de dirimir controversias, que lo que se investigaba era la reiterada violación de las normas que protegen los contratos de los trabajadores y del laudo arbitral mencionado.

Del mismo modo, la actora pone en duda las explicaciones que se dieron para justificar la tardanza para resolver el recurso de apelación contra la resolución No. 1649 de 1989, reitera la infracción del laudo arbitral mencionado y lamenta que los funcionarios encargados de velar por los derechos de los trabajadores, permitan con su actuación, que en el caso *sub-exámine* los conductores que laboran en Transportes Guasimales S. A., estén "en las bancas", sin bus para manejar, desmejorados en sus condiciones salariales, mientras que a los patrones que así proceden, no se les impone la condigna sanción, por parte del Ministerio de Trabajo.

La Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, al contestar la demanda se opone a las pretensiones de la accionante, aduciendo que si bien el artículo 486 del C.S.del Trabajo confiere a funcionarios de dicho Ministerio carácter de autoridades de policía, lo cierto es que también estipula que les está vedado declarar derechos individuales y definir controversias cuya decisión esté atribuída a los jueces.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Novena ante el Consejo de Estado opina que debe proferirse fallo inhibitorio para conocer del litigio por ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto la parte actora escogió una acción improcedente para la prosperidad de su pretensión, puesto que la resolución No. 108 es de carácter subjetivo, cuya anulación conlleva el restablecimiento del derecho de los trabajadores afectados, por el desacato que el empleador hace del laudo arbitral, consiguientemente,son dichos trabajadores quienes ostentan la titularidad para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de lograr su infirmación, pues al declararse ésta surge para la empresa de Transportes Guasimales S. A., el deber de cumplir lo decidido en el laudo arbitral de 1985, en beneficio de sus trabajadores.

Observa también la colaboradora fiscal, que la demanda se dirigió contra la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cúcuta (sic), órgano que carece de personería, pero que tal deficiencia se subsanó al ser notificado el auto de admisión de la demanda al funcionario delegatario del representante legal de la Nación-Ministerio de trabajo- y que en el libelo no se hizo claridad sobre los fundamentos de derecho de las pretensiones, ni se explicó el concepto de violación.

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer lugar la Sala observa, que en la demanda, en forma expresa, no se señaló a la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Norte de Santander, como parte demandada; lo que se indica es que se demanda la resolución No. 108 de 1990, proferida por esa dependencia. Además, habiendo concurrido legalmente al proceso la Nación, a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no es del caso declarar la inhibición para emitir pronunciamiento sobre el fondo de la contención propuesta en el *sub-lite*. Tampoco procede hacerlo por las deficiencias técnicas en la elaboración del libelo que destaca la colaboradora Fiscal, puesto que si bien no se expusieron con claridad los fundamentos de derecho de las pretensiones, no por ello puede afirmarse que el sindicato demandante omitió cumplir este requisito, toda vez que a lo largo de sus distintos apartes, bajo el título "Hechos falsamente motivados", se encuentran citadas las normas que le sirven de sustento a las súplicas que se impetran, al igual que los motivos por los cuales la parte actora estima infringidas las disposiciones legales a que hace referencia. Estas inferencias puede hacerlas válidamente el juzgador, dadas las facultades de interpretación del libelo, que le otorga el ordenamiento jurídico.

De otra parte, estima la Sala que el Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia -UNIMOTOR-, está legitimado para proponer la acción de nulidad contra la resolución No. 108 de 1990 del Ministerio del Trabajo, aun en el caso de que, al infirmarse, los trabajadores afectados con la declaratoria de incumplimiento del laudo arbitral de 1985, por parte de la empresa de Transporte Guasimales S.A., hipotéticamente resultaren beneficiados, porque el sindicato, si bien puede tener interés en que tal declaratoria se haga, no busca para sí -para la persona jurídica- la protección de derecho subjetivo alguno, supuestamente vulnerado; de ahí que careciendo de la titularidad de tal derecho subjetivo -para el caso del derecho que tiene cada conductor a que se le pague el salario mínimo, más los porcentajes de $0.25 y $0.20-, no era menester que entablara la acción de restablecimiento del derecho, como si hubieran estado obligados a hacerlo, los trabajadores lesionados con la actitud de la empresa Transguasimales S.A., frente al cumplimiento de las decisiones arbitrales de cuya inobservancia se le acusa, puesto que es evidente que ellos sí obtendrían el restablecimiento del derecho que supuestamente se les venía desconociendo.

Por ende, tampoco es del caso declarar la inhibición por proponer el demandante una acción equivocada, como lo pide la Procuradora Judicial, en su concepto de fondo.

Yendo ahora al aspecto que constituye la base de la acusación contra la resolución No. 108 de 1990, corresponde examinar si la intervención de las autoridades administrativas se ciñó al ejercicio de las funciones que les son propias, o si por el contrario, invadió el ámbito que corresponde a la administración de justicia.

Según se lee en la parte motiva de dicha resolución, la argumentación esgrimida por la apoderada del sindicato demandante para fundamentar la solicitud de declaratoria de incumplimiento de la obligación consagrada en el laudo arbitral de 1985, constituye clara demostración de la existencia de un conflicto jurídico, ya que se asegura que la empresa paga únicamente salario básico a los conductores que laboran en ella, por no transportar pasajeros, debido a que el conductor se encuentra "en banca"; la parte reclamante, se dice, solicita entonces, el pago del salario promedio cuando el conductor no maneja vehículo; por tanto, se concluye, como se trata de una desmejora salarial que implica un conflicto jurídico, el asunto es de competencia de la justicia ordinaria. Por esta razón se revocaron los actos mediante los cuales, previa declaración del incumplimiento de la referida obligación, se conminó a la empresa Transguasimales S. A., a pagar a título de multa tres salarios mínimos por cada día que persista el incumplimiento de aquella obligación.

Realmente, la referencia que el Sindicato actor hace al laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado el 1o. de mayo de 1984 por el Ministerior de Trabajo, por medio del cual se solucionó el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Sindicato de Trabajadores de Transporte Urbano del municipio de Cúcuta y Transguasimales S.A., laudo conforme al cual la citada empresa se obligó a

pagar a los conductores a su servicio, un salario básico equivalente al mínimo legal y si se trata de buses T.S.S., $0.20 más por cada pasajero transportado y $0.25 por igual concepto si de conductores de buses ordinarios se trata (folios 15 a 17); y la interpretación jurídica y el análisis de la situación fáctica de cada conductor o de los conductores que prestan sus servicios en Transguasimales, a fin de establecer la inobservancia por parte de ésta de aquella obligación, demuestran, a no dudarlo, que se busca definir derechos en discusión, lo que necesariamente origina conflicto jurídico.

Ahora bien, las atribuciones de los funcionarios del Ministerio de Trabajo aparecen señaladas en los artículos 9o., 17, 485 y 487 del C.S. del Trabajo y con mayor precisión en el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965, cuya parte final reza:

> "Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuída a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores".

Por su parte, el artículo 2o. del Código de Procedimiento Laboral, estatuye:

> "Artículo 2o. Asuntos de que conoce esta jurisdicción: La jurisdicción del trabajo está instituída para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo".

En el campo de las relaciones laborales, se han definido como conflictos jurídicos, los que surgen respecto de la aplicación o interpretación de una norma legal, entendiendo como tal, no sólo las disposiciones que aparecen en el Código Sustantivo del Trabajo o en las leyes de naturaleza laboral y en los reglamentos que lo adicionan, complementan o reforman, sino también en el contrato de trabajo, convención colectiva, laudo arbitral o reglamento de trabajo, porque las disposiciones que estos contienen son verdaderas leyes para las partes, dada la obligatoriedad de su observancia.

La situación alegada por el Sindicato, incuestionablemente tiene carácter jurídico, puesto que deviene de las aplicación de una estipulación consagrada en el laudo arbitral de 1985, que definió un conflicto laboral colectivo entre los inetegrantes del Sindicato de Trabajadores del Transporte Urbano del Municipio de Cúcuta, y la Empresa Transguasimales S. A., según se desprende de su texto.

Siendo el conflicto de incontrovertibles perfiles jurídicos, los funcionarios del Ministerio de Trabajo carecían de competencia para dilucidarlo. Por ende, la resolución No. 108 de 1990, que por tal razón revocó la No. 1649 de 1989, definitoria del debate que por los motivos aludidos, se les planteó a las autoridades del ramo, se ajusta a los principios legales, doctrinales y jurisprudenciales que regulan esta materia. Consiguientemente, no procede declarar su nulidad, como lo impetra el sindicato accionante.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda instaurada por el Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia - UNIMOTOR-, con el fin de obtener la nulidad de la resolución No. 108 del 22 de enero de 1990 proferida por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Norte de Santander.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCIDENTE DE TRABAJO-Requisitos/**NEXO DE CAUSALIDAD/CARGA DE LA PRUEBA/SEGURO DE VIDA DOBLADO**

Para que exista accidente de trabajo, se requiere que además de una relación laboral entre el siniestrado y una entidad oficial, concurran tres elementos: un suceso imprevisto y repentino, de orden externo, es decir, extraño al organismo de quien lo sufre y de naturaleza violenta o traumática. Una lesión o perturbación funcional en el organismo de la víctima, como consecuencia de ese hecho y que produce incapacidad o muerte. Nexo de causalidad o de ocasionalidad entre el trabajo y el hecho externo que originó el daño corporal. Ausencia de dolo y de culpa grave del trabajador o empleado en la realización del accidente. En el caso de autos, aún cuando no se ha probado que el deceso del causante hubiera ocurrido por causa del trabajo, sí puede afirmarse que por haber ocurrido mientras laboraba y en el sitio en que normalmente debía hacerlo, se presume que acaeció con ocasión del trabajo. Así las cosas, correspondía a la Administración desvirtuar la presunción, aportando pruebas de la falta de conexidad o de hechos exonerativos de responsabilidad. Máxime cuando los servicios del trabajador se prestaban en una zona violenta y por tanto de alto riesgo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5402. Autoridades Departamentales. Actor: Ligia Flórez viuda de Marín.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 21 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Ligia Flórez viuda de Marín, en su propio nombre y en el de sus hijas menores de edad: Claudia Cecilia, Alexandra, Mariluz y Daisy Johanna Marín Flórez, solicitó al Tribunal declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 001339 de 1986 y 000807 de 1987, expedidas por el Departamento de Personal, Dirección de Relaciones Laborales del Departamento de Antioquia y de la No. 35574 de 1987 del Gobernador de este Departamento, en cuanto desconocen los derechos de las peticionarias a percibir el seguro doblado por la muerte del señor Jorge Iván Marín Tabares, ocurrida el 17 de abril de 1986, con ocasión del trabajo desempeñado.

Como consecuencia de la anterior declaración, pidió se condene al Departamento de Antioquia a pagarle a las demandantes, la suma de $1.380.996,52 como reajuste del seguro de vida del señor Marín Tabares, el cual, dado que su deceso ocurrió por accidente de trabajo, debió cancelarse doblado, suma que se reajustaría tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, a la fecha de la sentencia.

HECHOS

Se relata en el libelo que el señor Jorge Iván Marín Tabares, con quien la actora contrajo matrimonio, de cuya unión nacieron entre otros, los siguientes hijos: Claudia Cecilia, Alexandra, Mariluz y Daisy Johanna, se desempeñaba como Inspector Topógrafo en la obra de construcción de la carretera Bodegas-Yondó, zona roja afectada por la violencia; que el 17 de abril de 1986, hallándose en la labor de inspección, en forma sorpresiva e inesperada recibió muerte violenta a manos de desconocidos y que efectuada la reclamación pertinente, el Departamento de Antioquia por medio de las resoluciones acusadas reconoció a la demandante y a las hijas menores, un seguro de vida sencillo en cuantía de $1.380.996,52.

Como disposiciones violadas cita los artículos 11, inciso segundo de la Ley 64 de 1946, 35 del Decreto 3135 de 1968, 52 inciso 2o. del Decreto 1848 de 1969, aduciendo que conforme a los mandatos de la norma primeramente citada, cuando la muerte del trabajador sobreviene a consecuencia del trabajo desempeñado, esto es, que ocurre por causa o con ocasión del trabajo, el seguro de vida a pagar a los beneficiarios, equivale al doble del común o sencillo; que el artículo 35 del Decreto 3135 de 1968 y el 52 del Decreto 1848 de 1969, prevén que cuando el deceso sobreviene por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el seguro será de veinticuatro meses del último sueldo devengado y que se demostró que el fallecimiento del señor Marín Tabares, sobrevino con ocasión del trabajo de Inspector Topógrafo que desempeñaba en la obra a que se

hizo mención. Por tanto, al reconocerse a los beneficiarios de esta prestación, el seguro en la cuantía señalada, se quebrantaron las citadas disposiciones.

SENTENCIA

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda, por cuanto estimó que las pruebas aportadas al expediente demuestran que la muerte del señor Jorge Iván Marín Tabares se produjo con ocasión del trabajo, y su acaecimiento quedó enmarcado en circunstancias de lugar, tiempo y modo propias de un accidente de trabajo, pues el hecho se cumplió donde aquel ejercía sus funciones de Inspector Topógrafo de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, en un día hábil y dentro de la jornada laboral. Consiguientemente, su esposa e hijas tienen derecho a que se les pague el seguro por muerte, doblado.

EL RECURSO

La apoderada de la entidad demandada al impugnar el fallo, sostiene que de conformidad con la definición de accidente de trabajo contenida en el artículo 19 del Decreto 1848 de 1969, para que éste se presente se requiere que concurran tres elementos a saber: un suceso imprevisto y repentino, es decir extraño al organismo de quien lo sufre y de naturaleza violenta o traumática, una lesión o perturbación funcional en el organismo de la víctima como consecuencia de ese hecho, que produce su incapacidad o muerte, un nexo de causalidad o de ocasionalidad entre el trabajo y el hecho externo que originó el daño corporal y ausencia de dolo y de culpa grave del trabajador o empleado en la realización del accidente; que en el *sub-exámine* están debidamente demostrados los dos primeros elementos, pero no existe prueba del nexo de causalidad u ocasionalidad entre el ejercicio de las funciones y el hecho que causó la muerte, el cual no puede inferirse de los testimonios recepcionados en el trámite administrativo, ni en el proceso, pues ninguno de los deponentes fue testigo presencial de los hechos, ni les consta el motivo de la muerte.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Judicial Cuarto ante el Consejo de Estado comparte los fundamentos en que se apoyó el *a-quo* para despachar favorablemente las pretensiones de la demanda y considera innecesario demostrar la culpa de la administración, siendo suficiente establecer, como lo fue, que el señor Marín Tabares cuando ocurrió su deceso se encontraba laborando en la actividad propia de su cargo. Opina que la sentencia amerita ser confirmada.

Se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer si la actora y sus hijas menores de edad, en cuyo nombre también impetra la nulidad de los actos acusados, tienen derecho al reconocimiento y pago del seguro por muerte, doblado en su valor, por haber fallecido su cónyuge y padre

a consecuencia de un accidente de trabajo, como se afirma en el libelo, o solamente al seguro sencillo que ya les fue reconocido por el Departamento de Antioquia.

En defecto de disposición legal definitoria del concepto de "accidente de trabajo", debe recurrirse a lo previsto sobre el particular, en el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 19 prescribe:

> "Se entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa y con ocasión del trabajo y que produzca al empleado oficial una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, siempre que no haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima".

Como bien lo destaca la entidad apelante y lo ha definido la Corporación en fallos como el fechado el 18 de enero de 1984, Consejero Ponente Doctor Joaquín Vanín Tello, para que exista accidente de trabajo, se requiere que además de una relación laboral entre el siniestrado y una entidad oficial, concurran tres elementos:

a) Un suceso imprevisto y repentino, de orden externo, es decir, extraño al organismo de quien lo sufre y de naturaleza violenta o traumática.

b) Una lesión o perturbación funcional en el organismo de la víctima, como consecuencia de ese hecho y que produce incapacidad o muerte.

c) Nexo de causalidad o de ocasionalidad entre el trabajo y el hecho externo que originó el daño corporal.

d) Ausencia de dolo y de culpa grave del trabajador o empleado en la realización del accidente.

En el presente caso, las pruebas obrantes en el expediente y las mismas actuaciones del Departamento de Antioquia, demuestran que entre esa entidad y el señor Jorge Iván Marín Tabares, existió una relación laboral; que en la fecha en que éste falleció ejercía sus funciones como Inspector Topógrafo, en el grupo Interventoría de Carreteras Región Oriente, en la División de Interventoría de Carreteras de la Dirección de Interventoría, en la Secretaría de Obras Públicas de dicho Departamento (folio 40) y, finalmente, que su deceso se produjo en forma imprevista y violenta, como lo aseveran las personas que declararon tanto en el trámite administrativo que culminó con los actos enjuiciados, como en este proceso.

También el acervo probatorio permite colegir que no hubo en el señor Marín Tabares culpa o dolo en la ocurrencia de los hechos que provocaron su muerte.

Es importante para determinar la responsabilidad de la administración, que el suceso ocurra en el lugar de trabajo y durante él.

En sentencia de 18 de enero de 1983, de la que fue ponente el Consejero Doctor Joaquín Vanín, expediente 7394, Actor: Anatilde Burgos vda. de Ocampo se dijo:

"Pero se debe tener en cuenta para efectos de determinar el contenido de la carga probatoria que pesaba sobre la demandante, que cuando el hecho dañoso se produce en el lugar y tiempo de trabajo, *strictu sensu*, se presume su carácter profesional y es al patrono o empleador o la entidad de previsión o de seguros sociales a los que corresponde probar la falta de relación con el trabajo, o la ocurrencia de un elemento exonerativo de su responsabilidad".

Y luego agrega la misma sentencia:

"El accidente acaece con ocasión del trabajo cuando éste obra simplemente como una circunstancia para que aquel sobrevenga, ocasión, al efecto, vale tanto como motivo, oportunidad, circunstancia, coyuntura. O sea que en este caso el trabajo crea la oportunidad para que ocurra el hecho funesto; la víctima sufre el accidente mientras desempeña su labor, es decir "trabajando", pero sin que exista relación de causalidad entre el trabajo y el hecho que produce el daño".

En el caso de autos, aún cuando no se ha probado que el deceso del señor Marín Tabares hubiera ocurrido por causa del trabajo, según la jurisprudencia transcrita sí puede afirmarse que por haber ocurrido mientras laboraba y en el sitio en que normalmente debía hacerlo, se presume que acaeció con ocasión del trabajo.

Así las cosas, correspondía a la Administración desvirtuar la presunción, aportando pruebas de la falta de conexidad o de hechos exonerativos de responsabilidad. Máxime cuando los servicios del trabajador se prestaban en una zona violenta y, por tanto, de alto riesgo. Como ello no ocurrió, la sentencia del Tribunal amerita confirmación.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 21 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso instaurado por Ligia Flórez viuda de Marín.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 20 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la sentencia de 18 de enero de 1983, Consejero Ponente: Dr. JOAQUIN VANIN, Exp. 7394, Actor: Anatilde Burgos Vda. de Ocampo.

CAPRECUNDI-Naturaleza jurídica/**CAPRECUNDI**-Objeto/**CAPRECUNDI/ AUTONOMIA ADMINISTRATIVA/SERVICIO PUBLICO DE SALUD/ CAJA DE PREVISION/CARRERA ADMINISTRATIVA**-Inscripción/ **CAPRECUNDI**-Funciones/**PLANTA DE PERSONAL**-Clasificación/**CAPRECUNDI**-Clasificación/**SUBSECTOR OFICIAL DEL SECTOR SALUD/DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL**-Facultades/ **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA**

El artículo 4o. de la Ley 10 de 1990 no separa las entidades de previsión social de las del subsector oficial, sino que antes bien, las incluye expresamente y determina la obligatoriedad, para ellas, de las normas administrativas del Sistema de Salud, sin afectar para nada en autonomía administrativa, esto es, en lo que concierne con sus objetivos, estructura y sistemas de financiación. La Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi- es un establecimiento público perteneciente al sector salud para efectos de la prestación de servicios de salud, del orden departamental, adscrito a la Secretaría de Hacienda. Este criterio fue reiterado, por lo demás, por el artículo 1o. del Decreto Departamental 613 del 4 de marzo de 1992, que modificó el estatuto básico de 1a entidad en comento. El artículo 2o. del Decreto Departamental 3938 de 1991 señala entre los objetivos de dicha Caja, el de "prestar el servicio médico-asistencial a todos los afiliados y beneficiarios, de conformidad con los reglamentos". Por consiguiente, pese a que uno de sus objetivos es el de pagar las prestaciones sociales de sus afiliados, no la excluye de la clasificación del subsector oficial del sector salud. Ahora bien, el hecho de que las prestaciones puedan ser asistenciales, dentro de las

cuales caben la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica, hospitalaria, etc., no quiere decir que la entidad no pertenezca o puede pertenecer a esa clasificación. En efecto, si esa clase de prestaciones están contempladas dentro de los objetivos de Caprecundi, es irrelevante que lo haga directamente o a través de convenios, pues los servicios de salud se pueden prestar directamente por la instrucciones de seguridad social o de previsión social, o en desarrollo del sistema de contratación o de asociación. En consecuencia, el alcance que le da la demanda al artículo 13 de la Ley 33 de 1985 es equivocado, porque éste no define lo que es una Caja de Previsión Social, sino que se limita a decir lo que se entiende como tal, pero para los efectos de esa misma ley. La Caja de Previsión Social de Cundinamarca, Caprecundi, sí presta servicios de salud y por ello pertenece al sector salud, subsector oficial. El Departamento Administrativo del Servicio Civil -hoy de la Función Pública- sí tenía competencia para inscribir a los funcionarios de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, Caprecundi, en la Carrera Administrativa, como entre otras cosas, se lo solicitó quien era para esa época su representante legal. O sea, que pese a que las entidades de seguridad y previsión social y las de subsidio familiar conservaron su autonomía en materia de objetivos, régimen legal y sistemas de financiación y administración, esto no implica que tratándose de la prestación de servicios de salud no deban acogerse a las prescripciones generales de la Ley 10 de 1990.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7582. Autoridades Nacionales. Actora: Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi-.

Procede la Sala a decidir la demanda que en acción de nulidad interpuso la Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi- contra la Resolución No. 802 del 24 de enero de 1992, expedida por el Secretario General del Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy de la Función Pública, mediante la cual inscribió en el escalafón de la Carrera Administrativa como empleados del subsector oficial del Sector Salud a María Fernanda Silvia P. Bernal de Carrillo, Fanny Patricia Peña Díaz y Luz Herminia Calderón de Triana.

LA DEMANDA:

En el escrito correspondiente (folios 9-18) se pidió la nulidad del acto mencionado y, como consecuencia de ello, que se ordene anular la inscripción respectiva en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Como hechos que fundamentan estas pretensiones se dice que el representante legal de la entidad demandada para la época del acto en cuestión pidió la inscripción de los funcionarios que allí se indican, en el escalafón de la Carrera Administrativa, como empleados públicos de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi-. La resolución demandada ordenó dicha inscripción, calificándolos como "pertenecientes al subsector oficial del Sector Salud y sustentada básicamente en el artículo 27 de la Ley 10 de 1990 y su Decreto Reglamentario 1334 de 1990". Dicha Caja es un establecimiento público del orden departamental adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca; y sus objetivos son los de atender lo relacionado con las prestaciones sociales y prestar el servicio médico-asistencial a sus afiliados y sus beneficiarios. El acto acusado viola las normas invocadas porque esos empleados no pertenecen al subsector oficial del Sector Salud" y mucho menos prestan servicios de salud". El servicio médico-asistencial que se presta "no es un servicio público de salud, gratuito, por lo que no le es aplicable la Ley 10 de 1990 y sus decretos reglamentarios".

La suspensión provisional que se solicitó fue denegada mediante auto del 26 de febrero de 1993.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación, Departamento Administrativo de la Función Pública, designó apoderado judicial que contestó la demanda (folios 55-61) y se opuso a sus pretensiones porque "este Departamento Administrativo estima conducente la inscripción en la carrera administrativa de los empleados de Caprecundi, como entidad de previsión que es, integrante del sistema de seguridad social y que, en consecuencia, se encuentra dentro del ámbito de la organización, administración y prestación de servicios de salud".

También se constituyeron en parte las señoras Luz Herminia Calderón de Triana y María Fernanda Bernal de Carrillo a través de apoderado judicial, que contestó la demanda, pidió pruebas y solicitó denegar las pretensiones (folios 44-47).

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación presentó alegato de conclusión (folios 96-100) para defender la legalidad del acto acusado, con asidero en la circunstancia de que Caprecundi sí presta servicios de salud y pertenece al sector salud, subsector oficial.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala pasa a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Es incuestionable que aunque la acción incoada fuese la de nulidad y restablecimiento del derecho, -no obstante que en el libelo de demanda se afirmó que se ejercitaba

únicamente la de nulidad-, habida cuenta de que la parte actora es una entidad de derecho público, el término de caducidad era de dos (2) años, por lo cual resulta claro que fue presentada en tiempo.

La actora señaló como normas violadas, genéricamente, la Ley 10 de 1990, los Decretos 1334 y 1335 de 1990, el Decreto Departamental 3938 de 1991, la Ley 33 de 1985 y el Decreto Ley 3135 de 1968.

Al respecto, argumentó que los servicios de salud son un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes (artículo 1o., Ley 10 de 1990); Caprecundi es un establecimiento público del orden departamental adscrito a la Secretaría de Hacienda, de conformidad con su naturaleza jurídica. El artículo 13 de la Ley 33 de 1985 define que son Cajas de Previsión "las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que por ley, reglamento o estatutos, tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes". Caprecundi es una entidad pagadora de prestaciones sociales que pueden ser en dinero, especie, servicios "u otros beneficios para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador durante la relación de trabajo o con motivo de la misma" (folio 11). Según el artículo 14 del Decreto Ley 3135 de 1968, esta clase de entidades reconocen y pagan las prestaciones sociales contenidas en este texto, entre las cuales se encuentran la asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Este organismo -se afirma - reconoce y paga la prestación del servicio médico-asistencial, "mas no presta servicios de salud" (folio 12). De otro lado, el artículo 4o. de la Ley 10 de 1990 establece en su inciso segundo que las normas administrativas del Sistema de Salud serán obligatorias solamente para las entidades del subsector oficial de salud; y más adelante precisa que "a las entidades de seguridad y previsión social y a las del Subsidio familiar se les respetará sus objetivos, régimen legal, sistema de financiación y autonomía administrativa" (folio cit.). Esto significa que la ley separa las entidades de previsión social de las del subsector oficial del sector salud. Caprecundi no presta servicios de salud, porque los mismos son prestados por hospitales, clínicas y puestos de salud; aquella sólo presta los servicios de consulta externa a sus afiliados y beneficiarios. Para ello, el artículo 3o., numeral 7 del Decreto Departamental 3938 de 1991 la obliga a celebrar convenios con instituciones de salud y seguridad social; o sea, que reconoce la asistencia médica de los mismos como una prestación social, "a través de convenios con instituciones de salud que prestan servicios de salud" (folio cit.). El artículo 24 de la Ley 10 de 1990 corrobora lo anterior, porque dice que las entidades como Caprecundi pueden prestar servicios de salud directamente o en desarrollo del sistema de contratación o de asociación. Por tanto, Caprecundi sólo "puede prestar servicios de salud a través del sistema de contratación, por lo que no pertenece al sector oficial del subsector salud, y mucho menos le es aplicable el estatuto de personal establecido en el artículo 26 y siguientes de la Ley 10 de 1990, junto con sus decretos reglamentarios" (folio 13). Por último, se refiere a lo que ocurre con los trabajadores oficiales en las plantas de los hospitales, para recalcar que Caprecundi no tiene planta física hospitalaria; y al hecho de que el artículo 3o. de la Ley 33 de 1985, modificado

por el 1o. de la Ley 61 del mismo año, establece unos aportes obligatorios para los empleados oficiales de las entidades afiliadas a cajas de previsión, lo que resulta contrario a lo previsto en el artículo 1o. de la Ley 10 de 1990, que tiene que ver con la prestación del servicio médico como servicio público, gratuito en los servicios básicos.

Es cierto que la Ley 10 de 1990 definió la salud como un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos, para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas para ello, en los términos consagrados en la misma ley. Y es la misma Ley 10, la que en su capítulo II, artículo 4o., regula la organización y administración del servicio público de salud, para redefinir el Sistema Nacional de Salud implantado en 1975, con el fin de incluir en los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación factores como los de orden biológico, ambiental, de comportamiento y de atención. Con ese propósito, el legislador dispuso un reordenamiento institucional, que amplió el campo de acción de los entes especializados en salud que contemplaba el artículo 1o. del Decreto 056 de 1965, a los de otros sectores que inciden en factores de riesgo para la salud, como se lee claramente en el inciso primero del artículo 4o. citado.

Este mismo canon señala en su inciso segundo las entidades sometidas a las normas científicas para controlar los factores de riesgos para la salud que dicte el Ministerio de Salud, y también, que las normas administrativas del Sistema de Salud serán obligatorias solamente para las entidades del subsector oficial de salud, respetando los objetivos, régimen legal, sistema de financiación y autonomía administrativa de las entidades de seguridad y previsión social y las del subsidio familiar.

A su turno, el artículo 8o. literal b) señala como normas administrativas las relativas a la asignación y gestión de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.

En el artículo 5o. se determina la composición estructural del sistema; se diferencian dos subsectores, en el primero de los cuales denominado "subsector oficial" se incluyen "...las entidades o instituciones públicas de seguridad social, sin modificación alguna de su régimen de adscripción" (literal d).

Esto significa, entonces, que el artículo 4o. de la Ley 10 de 1990 no separa las entidades de previsión social de las del subsector oficial, sino que antes bien, las incluye expresamente y determina la obligatoriedad, para ellas, de las normas administrativas del Sistema de Salud, sin afectar para nada su autonomía administrativa, esto es, en lo que concierne con sus objetivos, estructura y sistemas de financiación.

Por otra parte, la Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi- es de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto Departamental 3938 del 7 de noviembre de 1991, expedido con posterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990 y vigente para la fecha en que se profirió el acto acusado, un establecimiento público perteneciente al sector salud para efectos de la prestación de servicios de salud, del orden departamental, adscrito a la Secretaría de Hacienda. Este criterio fue reiterado,

por lo demás, por el artículo 1o. del Decreto Departamental 613 del 4 de marzo de 1992 que modificó el estatuto básico de la entidad en comento.

El artículo 2o.del Decreto Departamental 3938 de 1991 señala entre los objetivos de dicha Caja, el de "prestar el servicio médico-asistencial a todos los afiliados y beneficiarios, de conformidad con los reglamentos". Por consiguiente, pese a que uno de sus objetivos es el de pagar las prestaciones sociales de sus afiliados, el que se acaba de transcribir no la excluye de la clasificación del subsector oficial del sector salud. Ahora bien, el hecho de que las prestaciones puedan ser asistenciales dentro de las cuales caben la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica, hospitalaria, etc., no quiere decir que la entidad no pertenezca o pueda pertenecer a esa clasificación. En efecto, si esa clase de prestaciones están contempladas dentro de los objetivos de Caprecundi, es irrelevante que lo haga directamente o a través de convenios, pues los servicios de salud se pueden prestar directamente por las instituciones de seguridad social o de previsión social, o en desarrollo del sistema de contratación o de asociación, como lo prevé el parágrafo del artículo 24 de la Ley 10 de 1990.

En consecuencia, el alcance que le da la demanda al artículo 13 de la Ley 33 de 1985 es equivocado, porque éste no define lo que es una Caja de Previsión Social, sino que se limita a decir lo que se entiende como tal, pero para los efectos de esa misma ley.

De suyo es claro, por tanto, que la Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi-, sí presta servicios de salud y por ello, pertenece al sector salud, subsector oficial.

Finalmente, debe ponerse de presente que el artículo 8o. del Decreto 1334 del 23 de junio de 1990 que reglamentó el inciso tercero del artículo 27 de la Ley 10 del mismo año, dijo:

"De las entidades competentes para la inscripción en la Carrera Administrativa. Sin perjuicio de las delegaciones que el Ministerio de Salud y el Departamento Administrativo del Servicio Civil estimen necesarias y, en las condiciones establecidas en el inciso segundo del artículo 27 de la Ley 10 de 1990, corresponde a este último la inscripción en Carrera Administrativa de los empleados públicos del Subsector Oficial del Sector Salud, de las entidades territoriales o de sus entes descentralizados".

En consecuencia, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, -hoy de la Función Pública-, sí tenía competencia para inscribir a los funcionarios de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, -Caprecundi-, en la Carrera Administrativa, como entre otras cosas, se lo solicitó quien era para esa época su representante legal.

O sea, que pese a que las actividades de seguridad y previsión social y las de subsidio familiar conservaron su autonomía en materia de objetivos, régimen laboral y sistemas de financiación y administración, esto no implica que tratándose de la prestación de servicios de salud no deban acogerse a las prescripciones generales de la Ley 10 de 1990.

Así las cosas, es evidente que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda incoada por la Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi- contra la resolución No. 802 del 24 de enero de 1992, expedida por el Secretario General del Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy de la Función Pública.

Reconócese personería al doctor Eduardo Ordóñez García, con T.P. No. 62.653 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca -Caprecundi-, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder que le fue hecha.(folio 102).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en su reunión del día 20 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ICA-Naturaleza Jurídica/**ESTABLECIMIENTO PUBLICO/ESTATUTO DE PERSONAL/EMPLEADO PUBLICO/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA**

La categoría del demandante no era otra que la de empleado público, regida su vinculación con el Instituto demandado por una relación legal y reglamentaria, así formal y materialmente haya celebrado un contrato de trabajo con el Instituto, pues, es la normatividad aplicable al caso lo que determina la calidad de empleado público o de trabajador oficial de la persona vinculada con el Instituto, y no la forma de esa vinculación. En otras palabras, si la normatividad respectiva califica al servidor público como empleado, así será su status, no obstante, formalmente haya celebrado contrato de trabajo con el ente u organismo, y si no celebró contrato, será trabajador oficial siempre que se trate, en verdad, de labores de construcción y sostenimiento de obras públicas o si los estatutos así lo determinan. Si tiene lugar aquello, las controversias de carácter laboral que surjan en torno con su vinculación o su desvinculación del servicio, serán de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y si tiene ocurrencia el segundo supuesto, esas controversias serán del conocimiento de la jurisdicción ordinaria en lo laboral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 8350. Apelación Interlocutorias. Actor: Alvaro Antonio Azuero Quiñones.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 26 de febrero de 1993 (folio 184), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante el cual se declaró la nulidad de la actuación a partir del auto admisorio de la demanda calendado el 16 de febrero de 1990, por considerar que corresponde al conocimiento del asunto a distinta jurisdicción y, como consecuencia, inadmite la demanda.

Para decretar la nulidad, con base en el artículo 145 del C.P.C., se remite el Tribunal a que está demostrado en el proceso que Alvaro Antonio Azuero Quiñones, ahora demandante, fue vinculado al Instituto de Desarrollo Urbano "IDU", entidad demandada, mediante contrato de trabajo y, de conformidad con los artículos 131 y 132 del C.C.A. los tribunales administrativos conocen de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo.

En el escrito de sustentación del recurso de alzada (folios 190 a 211) pretende el apoderado recurrente la revocatoria del auto impugnado, para en su lugar se profiera la sentencia que corresponda.

Arguye dicho apoderado que la decisión del Tribunal de declarar la nulidad de la actuación no está acorde con la reiterada doctrina del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en punto a la clasificación de los servidores del Estado, vigente desde la reforma administrativa de 1968, antes de la cual bastaba demostrar la existencia material del contrato de trabajo para catalogar a un servidor público como trabajador oficial, conforme a las voces del artículo 4 del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el parágrafo 1o. del literal b) artículo 3o. del Decreto 1600 de 1945. Y para catalogar a un servidor como empleado público bastaba demostrar su nombramiento y posesión en determinado cargo; si bien el C.C.A. (artículo 131) mantiene la misma regla en su texto, no es así en su espíritu o contenido, puesto que la situación hay que entenderla y aplicarla conforme a los dictados legales relativos a la organización administrativa del Estado y poder así determinar cuándo una persona vinculada a éste es empleado público o trabajador oficial, lo que es más científico y acorde con las tendencias modernas del Estado que permite distinguir por la Jurisprudencia y la doctrina dentro del género del empleado oficial, cuál es la especie entre el empleado público y el trabajador oficial. Así, de conformidad con el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 que se aplica en todos los niveles de la administración pública como reiteradamente lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, los empleados de un establecimiento público son, por regla general, empleados públicos vinculados por una relación legal y reglamentaria, mientras que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales, debiéndose precisar en los estatutos del establecimiento qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Continúa el apoderado recurrente y dice, que con las pruebas allegadas al proceso se demuestra que el Instituto de Desarrollo Urbano es un establecimiento público de nivel distrital creado por el Acuerdo No. 19 de 1972 del Concejo Distrital de Bogotá, que no hace la clasificación de sus servidores. Y como tan sólo la ley puede hacer tal clasificación, se deduce que las personas naturales vinculadas a un establecimiento público son empleados públicos, salvo aquellas vinculadas o afectas a la construcción o sostenimiento de las obras públicas, que determinen los estatutos tienen el carácter de trabajador oficial vinculadas por un contrato de trabajo. Y que en el proceso no hay evidencia de que por estatuto alguno el IDU hubiera clasificado a sus servidores en forma ajustada a la ley, pues la resolución No. 18 de diciembre 19 de 1974, en su parágrafo del artículo 2o. sólo hace referencia a su organización interna y a la denominación de sus distintas unidades administrativas. Por su parte, el artículo 5o. de la resolución No. 19 de 20 de diciembre de 1974 establece que "son trabajadores oficiales las personas que se vinculan al Instituto por medio de un contrato de trabajo y que pertenezcan al Grupo Ocupacional Técnico Operativo, de conformidad con la naturaleza del cargo", es decir, que se vuelve a la misma concepción formal antigua, hoy desaparecida como consecuencia de la reforma administrativa de 1968 que estableció un sistema orgánico más moderno y eficaz, distinto al anterior para clasificar a los servidores del Estado, entre empleados públicos y trabajadores oficiales. A pesar de ello, la resolución No. 02 de 1975 de 9 de febrero de 1975 (folios 212 a 218), expedida por la Junta Directiva del IDU, reclasifica los cargos de su planta de personal, en la cual aparece el cargo de Interventor I en el Grupo Ocupacional Directivo, es decir, que no pertenece al Grupo Ocupacional Técnico Operativo y, por lo mismo, no puede ser trabajador oficial. Por manera, que no es el acto material de vinculación para tener uno u otro carácter (empleado público o trabajador oficial), sino la naturaleza de la entidad y la actividad que desarrolle la persona natural. Y como para el caso en estudio se trata de un establecimiento público, la regla general es que sus servidores son empleados públicos, salvo los dedicados a la construcción y sostenimiento de obras públicas, especificadas en los estatutos. Por su parte, la resolución No. 19 de 1974 tampoco clasifica, determina o fija las actividades que puedan ser desempeñadas por trabajadores oficiales, lo cual hace de suyo al accionante empleado público.

En corroboración de que el carácter de la relación de trabajo entre el Estado o una entidad pública y sus servidores no lo determina la naturaleza del acto jurídico por medio del cual se hizo la vinculación, sino la naturaleza de la respectiva entidad, trae a colación el apoderado recurrente varias providencias, cuyos apartes pertinentes transcribe, proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia (folios 193-211).

SE CONSIDERA

El Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" fue creado por el Acuerdo No. 19 de 1972 como establecimiento público por el Concejo Distrital de Bogotá (folios 166 a 169).

Mediante la resolución No. 19 de 20 de diciembre de 1974 (folios 79 a 123), expedida por la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Urbano, se adoptó el estatuto de personal para el mismo que, entre otras cosas, establece:

"ARTICULO 3.- Las personas que prestan sus servicios en el Instituto se clasifican en:

a.- Empleados públicos.

b.- Trabajadores oficiales.

c.- Meros Auxiliares de la administración.

"ARTICULO 4.- Son empleados públicos las personas que se vinculan al Instituto por medio de un acto condición y conforme al procedimiento establecido en el presente estatuto.

"ARTICULO 5.- Son trabajadores oficiales las personas que se vinculan al Instituto por medio de un contrato de trabajo y que pertenecen al grupo ocupacional técnico operativo, de conformidad con la naturaleza del cargo.

"ARTICULO 6.- Son meros auxiliares de la administración, las personas que prestan sus servicios al Instituto de manera accidental o transitoria, y se vinculan por medio de contrato. No adquieren por este solo hecho la condición de trabajadores oficiales.

Más adelante, establece la resolución en el parágrafo del artículo 7o. lo siguiente:

"De acuerdo a la naturaleza de las funciones, responsabilidad y complejidad inherentes a los empleados, estos se distribuirán en los siguientes grupos ocupacionales:

"1.- Grupo Ocupacional Directivo

"2.- Grupo Ocupacional Profesional

"3.- Grupo Ocupacional Técnico Operativo

"4.- Grupo Ocupacional Administrativo".

Ahora bien, la resolución No. 02 de 14 de febrero de 1975 (folios 212 a 218), reclasifica los cargos del Instituto y en su artículo 1o. incluye en el Grupo Ocupacional Directivo el cargo de Interventor, que era el que venía desempeñando el demandante, lo que a términos de la resolución No. 19 de 20 de diciembre de 1974 le daba la categoría de empleado público al no estar el cargo comprendido entre los grupos ocupacionales técnico-operativo ni ocupacional administrativo.

Así las cosas, la Sala concluye que la categoría del demandante Alvaro Antonio Azuero Quiñones, no era otra que la de empleado público, regida su vinculación con el Instituto demandado por una relación legal y reglamentaria, así formal y materialmente haya celebrado un contrato de trabajo con el Instituto pues, es la normatividad aplicable

al caso lo que determina la calidad de empleado público o de trabajador oficial de la persona vinculada con el Instituto, y no la forma de esa vinculación. En otras palabras, si la normatividad respectiva califica al servidor público como empleado, así será su status, no obstante, formalmente haya celebrado contrato de trabajo con el ente u organismo; y si no celebró contrato, será trabajador oficial siempre que se trate, en verdad, de labores de construcción y sostenimiento de obras públicas o si los estatutos así lo determinan. Si tiene lugar aquello, las controversias de carácter laboral que surjan en torno con su vinculación o su desvinculación del servicio, serán del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y si tiene ocurrencia el segundo supuesto, esas controversias serán del conocimiento de la jurisdicción ordinaria en lo laboral.

Por las razones anteriores, el recurso de apelación tiene vocación de prosperidad y, por ello, se revocará el auto impugnado.

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

RESUELVE:

Revócase el auto de 26 de febrero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 20 de enero de 1994.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz; Carmenza Arana de Ramírez, conjuez; *Alvaro Lecompte Luna; Carlos Arturo Orjuela Góngora,* con aclaración de voto; *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRABAJADOR OFICIAL-Actividad/**ENTIDAD OFICIAL/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/**(Aclaración de Voto)

No obstante compartir lo resuelto en este asunto me permito precisar un concepto que en la providencia objeto de esta aclaración pudiere crear equívocos, y es el relacionado con la calidad de "trabajador oficial" que puede tener una persona que preste servicios en una entidad oficial no descentralizada cuando sus funciones impliquen, de manera directa, actividad en la construcción y sostenimiento de obras públicas. En efecto, en este supuesto esa persona tendrá la categoría de trabajador oficial y, por ende, vinculado por un contrato de trabajo con la respectiva institución oficial, aunque no esté previsto así en ningún estatuto interno. Y en las entidades descentralizadas, igualmente, tendrá esa condición, pese a que los estatutos no contemplen su cargo entre aquellos que se entienden regidos por esa clase de convenio laboral.

Aclaración de Voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora al auto dictado el 27 de enero de 1994 en el proceso No. 8350.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

No obstante compartir lo resuelto en este asunto, me permito precisar un concepto que en la providencia objeto de esta aclaración pudiera crear equívocos, y es el relacionado con la calidad de "trabajador oficial" que puede tener una persona que preste servicios en una entidad oficial no descentralizada cuando sus funciones impliquen, de manera directa, actividad en la construcción y sostenimiento de obras públicas.

En efecto, en este supuesto esa persona tendrá la categoría de trabajador oficial y, por ende, vinculado por un contrato de trabajo con la respectiva institución oficial, aunque no esté previsto así en ningún estatuto interno. Y en las entidades descentralizadas, igualmente tendrá esa condición, pese a que los estatutos no contemplen su cargo entre aquellos que se entienden regidos por esa clase de convenio laboral.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA POR CUANTIA/PRINCIPIO DE LA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*/CARGO DE PERIODO

Ha sido aceptado tradicionalmente por doctrina y jurisprudencia que, según el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, la situación de hecho existente al momento de admitirse la demanda, determina la competencia para todo el curso del proceso, sin que posteriores modificaciones puedan afectarla, salvo en los casos que señala el artículo 21 del C. de P.C., y ello es claro; así que, el proceso iniciado como la única instancia conserva tal naturaleza o característica. Pero resulta que frente a la decisión de la Corte la situación es bien distinta, ya que no podría sostenerse luego, al revisar el proceso para efectos de resolver el recurso interpuesto, que el mismo es de única instancia con fundamento en que la "asignación mensual correspondiente al cargo" no excedía la cantidad de $120.000.oo, necesaria para que el proceso tuviera dos instancias, pues ello no resulta lógico ni es admisible por la sencilla razón de que el precepto no se aplica. Si bien aquellas reglamentaciones declaradas inexequibles establecían una forma precisa para determinar la cuantía cuando se trata de actos que implicarían el retiro del servicio, la situación expuesta, esto es, el reclamo de sueldos a salarios cuando se trata de un período fijo o determinado está contemplada en el artículo 131 del C.C.A., ordinal 6), literal a), por lo que es aplicable el asunto en estudio para efectos de la regulación de la cuantía. La cuantía en consecuencia, bajo la anterior perspectiva, estaría dada por el monto de lo reclamado, entre la fecha de retiro del servicio y el resto del período para el cual fue nombrado el demandante, ya que se trata de un cargo de

período fijo, incluyendo para determinar la misma, no sólo lo devengado por asignación mensual sino también por otros conceptos, como sería el caso de las primas, cesantías y otras retribuciones a que tendría derecho. En tales condiciones, el monto de lo reclamado debe exceder la cantidad de $700.000.oo de que trata el decreto citado para que el proceso tenga dos instancias, norma que estaba vigente para la fecha en que se presentó el libelo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8920. Recurso de Queja. Actor: Lelis Humberto Delgadillo Sánchez.

Se decide el recurso de queja interpuesto por el apoderado del actor, con el objeto de que sea concedido el de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 18 de agosto de 1993, que denegó las súplicas de la demanda.

El Tribunal rechazó el recurso por improcedente, con fundamento en el artículo 31 de la Constitución Nacional y en atención a que, dentro de las excepciones que consagra la ley y que menciona el precepto, se encuentran los procesos de única instancia, "los cuales no tienen recurso de apelación" por disposición del artículo 181 del C.C.A.

En el escrito de queja invoca el recurrente, tanto el artículo 31 de la Constitución como el fallo de la Corte Constitucional del 26 de agosto de 1993 para señalar que, al ser declaradas inexequibles las normas que regían para determinar la cuantía en los casos de retiro del servicio, se permite la igualdad de derechos; por ello, la sentencia proferida gozaba de la doble instancia aunque fuera de única, de acuerdo con la norma vigente al adelantar el proceso.

Agrega que, el Tribunal, posiblemente por desconocimiento del fallo, rechazó el recurso.

SE CONSIDERA

En la demanda solicitó la parte actora la nulidad de los actos emanados del Concejo Municipal de Togüi, mediante los cuales "se cambió" del cargo de Personero al actor y se nombró el correspondiente reemplazo y a título de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo "por el tiempo que faltaba para el cumplimiento del período legal, como personero municipal del municipio de Togüi" y el pago de sueldos y prestaciones sociales en las condiciones señaladas. En el capítulo correspondiente a Competencia y Cuantía, afirma que el proceso era de única instancia y que esta última, la cuantía, "a la postre corresponde a un sueldo básico mensual de noventa mil pesos ($90.000.oo) (folio 15).

La demanda fue presentada el 19 de noviembre de 1991 (folio 15 vlto.) y era consecuente lo afirmado por el libelista con la normatividad vigente en ese entonces puesto que estaba vigente el Decreto 597 de 1988 que había reajustado las cuantías para efectos de la competencia, cada dos años en un 40% y, en tal virtud, eran de conocimiento de los Tribunales Administrativos en única instancia, aquellos procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando se tratara de actos que implicaran el retiro del servicio, cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no excediera de $120.000.oo, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 131 del C.C.A., ordinal 6), literal b), inciso segundo.

Pero esta situación varió notablemente con el fallo de la Corte Constitucional del 26 de agosto de 1993, por el cual declaró inexequibles las normas que regulaban tal aspecto y, por tanto, no son aplicables en el actual momento para determinar la cuantía de los procesos, en tratándose de aquellos actos.

En el asunto *sub-lite,* debe observarse, el recurso fue interpuesto el 31 de agosto, es decir, con posterioridad al pronunciamiento de la Corte y esta situación era relevante para dilucidar y definir el asunto propuesto para la época en que se dictó la providencia que negó el recurso el 8 de septiembre de 1993 (folios 36-37) y, posteriormente, en la del 6 de octubre que resolvió el recurso interpuesto y no repuso la decisión anterior (folios 40-41).

Ha sido aceptado tradicionalmente por doctrina y jurisprudencia que, según el principio de la perpetuatio jurisdictionis, la situación de hecho existente al momento de admitirse la demanda, determina la competencia para todo el curso del proceso, sin que posteriores modificaciones puedan afectarla, salvo en los casos que señala el artículo 21 del C.P.C. y ello es claro; así que el proceso iniciado como de única instancia conserva tal naturaleza o característica. Pero resulta que frente a la decisión de la Corte la situación es bien distinta, ya que no podría sostenerse luego, al revisar el proceso para efectos de resolver el recurso interpuesto, que el mismo es de única instancia con fundamento en que la "asignación mensual correspondiente al cargo" no excedía la cantidad de $120.000.oo, necesaria para que el proceso tuviera dos instancias pues ello no resulta lógico ni es admisible por la sencilla razón de que el precepto no se aplica.

Es evidente entonces que frente a la situación sobreviniente, frente a las nuevas perspectivas jurídicas que originan tal pronunciamiento, será menestar revisar la actuación a la luz de las normativas vigentes y determinar con fundamento en las mismas la procedencia del recurso.

Si bien aquellas reglamentaciones declaradas inexequibles establecían una forma precisa para determinar la cuantía cuando se trata de actos que implicaran el retiro del servicio, la situación expuesta, esto es, el reclamo de sueldos o salarios cuando se trata de un período fijo o determinado está contemplado en el artículo 131 del C.C.A., ordinal 6), literal a) por lo que es aplicable al asunto en estudio para efectos de la regulación de la cuantía. En efecto señala el texto: "Cuando se reclame el pago de sueldos o salarios

de un período preciso o determinable, y prestaciones sociales de cuantía determinada o periódica de un término indefinido, por el valor de lo reclamado o de la suma de los derechos demandados".

La cuantía, en consecuencia, bajo la anterior perspectiva, estaría dada por el monto de lo reclamado, entre la fecha de retiro del servicio y el resto del período para el cual fue nombrado el demandante, ya que se trata de un cargo de período fijo, incluyendo para determinar la misma, no sólo lo devengado por asignación mensual sino también por otros conceptos, como sería el caso de las primas, cesantías y otras retribuciones a que tendría derecho. En tales condiciones, el monto de lo reclamado debe exceder la cantidad de $700.000.oo de que trata el decreto citado para que el proceso tenga dos instancias, norma que estaba vigente para la fecha en que se presentó el libelo.

Dan cuenta los autos de que el demandante fue nombrado en el cargo de Personero Municipal para el período comprendido entre el lo. de septiembre de 1990 y el 1o. de septiembre de 1992, de acuerdo al Acta del Concejo visible a folio 2 y la correspondiente suscrita con motivo de la posesión en el cargo, visible a folio 5. Obra así mismo, una certificación del Tesoro del citado municipio que dice textualmente: "que el señor Lelis Humberto Delgadillo Sánchez identificado con la C.C. No. 4.280.935 expedida en Togüi, devengó la suma de noventa mil pesos mensuales ($90.000.oo) moneda corriente, como Personero Municipal de esa localidad, del período comprendido del primero de enero hasta el 31 de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991)" (folio 6).

La sola asignación mensual de $90.000.oo excede en el lapso de un año,-período que faltaba-, la cifra señalada en el decreto y en estas circunstancias habrá que acceder a la solicitud del recurrente.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Revocar el proveído de septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y tres (1993) del Tribunal Administrativo de Boyacá, por el cual se rechazó el recurso así como también el de octubre seis (6) del mismo año que no repuso lo dispuesto y, en su lugar, conceder el recurso de apelación en el efecto suspensivo, propuesto por el apoderado del actor, contra la sentencia de dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Líbrese oficio al Tribunal para que envíe el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del día 20 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* Aclara Voto; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Aclara Voto; *Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/RETIRO DEL SERVICIO/(Aclaración de Voto)

Al desaparecer del mundo jurídico las normas para determinar la competencia de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, para que lo fuera en única o en primera instancia de los tribunales administrativos, significa ello que todos los asuntos que se refieran a actos de destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, pasaron a ser –como lo son actualmente–, del conocimiento de los mencionados tribunales en primera instancia, sin necesidad de tener en consideración la cuantía y, por lo tanto, del conocimiento en segunda instancia, por vía de apelación o de consulta, del Consejo de Estado. (artículo 129, ordinal 1o., del C.C.A., según la subrogación del artículo 2o. del Decreto Ley 597 de 1988).

Aclaración de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en la providencia calendada a 27 de enero de 1994, aprobada en sesión del día 20 de los mismos mes y año.

Expediente No. 8920. Recurso de Queja. Actor: Lelis Humberto Delgadillo Sánchez.

Como surge de la lectura de la ponencia que acogió, en todo su texto, la ilustrada mayoría de la Sala, la revocatoria del auto de ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993) dictado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, estriba en la circunstancia de que considera el factor cuantía superior a setecientos mil pesos ($700.000.oo), como determinante de la doble instancia del asunto sub-lite, con base en lo preceptuado en el artículo 131, ordinal 6, literal a) del C.C.A.

No obstante, el suscrito, con todo respeto, se aparta de tal perspectiva. Como bien lo recuerda la providencia, la Corte Constitucional, a través de sentencia C-345/93 de fecha veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), declaró inexequible el numeral 6o., literal b), inciso segundo del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988, que decía:

> 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).

Igualmente, el mencionado fallo declaró también inexequible el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988, en cuanto modificó el artículo 132 numeral 6o., inciso 3o., parte final del Código Contencioso Administrativo, que rezaba:

> Cuando la asignación mensual correspondiente al cargo exceda de ochenta mil pesos ($80.000.oo).

Como se observa, al desaparecer del mundo jurídico las dichas normas para determinar la competencia de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, para que lo fuera en única o en primera instancia de los tribunales administrativos, significa ello que todos los asuntos que se refieran a actos de destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, pasaron a ser, -como lo son actualmente-, del conocimiento de los mencionados tribunales en primera instancia, sin necesidad de tener en consideración la cuantía y, por lo tanto, del conocimiento en segunda instancia, por vía de apelación o de consulta, del Consejo de Estado (artículo 129, ordinal lo. del C. C. A., según la subrogación del artículo 2o., del Decreto Ley 597 de 1988).

Estima, pues, el suscrito que ya no se hace necesaria la distinción en que se basa la providencia que ahora se glosa, de que para fijar la cuantía en el caso sub-lite, sea necesario acudir al literal a) del ordinal 6 del artículo 131 del C.C.A., porque el inciso primero de éste abarca los dos literales y, en consecuencia, se repite, no ha de hacerse ningún cálculo para determinar la cuantía y las instancias.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha: *ut supra.*

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA/RETIRO DEL SERVICIO/ (Aclaración de Voto)

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. Lo anterior, determina que la 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.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto del Doctor Joaquín Barreto Ruiz.

Referencia: Expediente No. 8920. Recurso de queja. Actor: Lelis Humberto Delgadillo Sánchez Recurso de Queja.

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala, considero que son otras las razones por las cuales debió concederse el recurso de apelación que, con el debido respeto por el criterio mayoritario consigno a continuación:

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 la competencia para conocer de los actos que impliquen retiro de 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:

> "... Artículo 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.oo).
>
> 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, conocerán los tribunales administrativos en primera instancia".

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz

INDUSTRIA DEL TRANSPORTE/SINDICATO DE INDUSTRIA- Improcedencia/**AGENTE MARITIMO**

El concepto de "industria" referido únicamente a la transformación de materias primas y elementos de producción de artículos en general, concepto acogido muchas veces por las autoridades del trabajo y por esta jurisdicción, ha venido siendo revaluado para efectos de asociación sindical de industria, a fin de darle paso a la noción de actividad económica que es mucho más amplia y consulta mejor el principio constitucional de libertad de asociación. La misma ley ha calificado como industrias algunas actividades económicas que no tienen por objeto la transformación de materias primas o la elaboración de artículos de consumo, tales como el transporte, la banca, la hotelería, para efectos de intervención estatal. La Ley 50 de 1990 acogió esta tendencia y eliminó la restrictiva al modificar el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, mencionando dos sindicatos de industria o por rama de actividad económica, como aquellos formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica. Según sus respectivos objetos sociales, la Flota Mercante Grancolombiana es una empresa que se ocupa del transporte marítimo, en tanto que Gran Marítima Ltda. "GRAN MAR" presta servicios de agente marítimo en representación de armadores nacionales o extranjeros, para todo lo relacionado con las naves en tierra y con los contratos de transporte celebrados por ellos. Ciertamente Gran Marítima ejerce una actividad que puede considerarse conexa o complementaria de la de transporte, pero en ningún caso le es permitido dedicarse al transporte. Es así como el Código de Comercio en sus artículos 1491 y

1494 hace énfasis en que el agente marítimo no puede ser empresario de transporte, so pena de no poder inscribirse como tal o de que le sea cancelada la licencia. Lo anterior muestra claramente que las dos empresas no pertenecen ni pueden pertenecer a una misma rama industrial, que es el requisito exigido para constituir un sindicato de industria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3618. Resoluciones Ministeriales. Actor: Flota Mercante Grancolombiana.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Flota Mercante Grancolombiana S. A., a través de apoderado, solicita a esta corporación declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 04603 de 29 de diciembre de 1987 y 01105 de 4 de abril de 1988, proferidas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales se reconoció personería jurídica y se aprobaron los estatutos de la Organización Sindical de primer grado y de industria, denominada "Asociación de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial Nacional e Internacional" -ASOTRAINMAR-, con domicilio en el municipio de Buenaventura, departamento del Valle del Cauca, y que como consecuencia de tal declaración se disponga que la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del citado Ministerio deberá cancelar la anotación e inscripciòn en el Registro Sindical de la Junta Directiva de dicha agremiación y la autorización de la misma inscripción hecha mediante auto 052 CIRB de 12 de julio de 1988 de la Inspección de Trabajo de Buenaventura, el cual pide que también sea declarado nulo.

HECHOS

Narra la accionante que un grupo de sus trabajadores, conjuntamente con otros pertenecientes a una empresa de agenciamiento marítimo denominada Gran Marítima Limitada "GRAN MAR", sustituta de la Transportadora Grancolombiana Ltda., en reunión de Asamblea General celebrada el 22 de septiembre de 1987 en Buenaventura, decidieron fundar una organización sindical de primer grado y de industria, denominada Asociación de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial Nacional e Internacional "ASOTRAINMAR", a la cual se le reconoció personería jurídica mediante los actos acusados, aprobatorios también de sus estatutos y contentivos de la orden a la División de Relaciones Colectivas del Trabajo del Ministerio, de anotar e inscribir en el registro sindical a la Junta Directiva de la referida asociación.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

La demandante invoca como tales los artículos 44 de la Constitución Política de 1886; 12, 353, 356 literal b), 360 y 366 del Código Sustantivo del Trabajo; 20, 981, 1262, 1317, 1429, 1473, 1489, 1491 y 1494 del Código de Comercio y demás normas concordantes; el Decreto 3183 de 1952; los artículos 26 y ss. del Decreto 1208 de 1969; los Decretos 2349 de 1971, 2324 de 1984 -Estatuto Orgánico de la autoridad marítima colombiana-; artículos 3o. y ss. del Decreto 994 de 1966 y el Decreto 3815 de 1982.

Aduce la actora que la actividad del transporte se ubica en el sector comercial de la economía nacional, como una labor de especulación que no implica un cambio de materia prima ni de transformación alguna en otros productos terminados, sino que pertenece al sector terciario o de los servicios de la economía, sea que se trate de transporte marítimo, fluvial, aéreo o terrestre.

Consiguientemente arguye, no es concebible la existencia legal de una asociación de trabajadores de la industria del transporte marítimo y fluvial nacional e internacional, como se admitió en los actos acusados, pues ello es contrario a lo preceptuado en el literal b) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, que sólo permitía la existencia de sindicatos de trabajadores de industria si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial y además la Sociedad Gran Marítima Ltda. -GRAN MAR-, como agente marítimo, no es ni puede ser industria, ni dedicarse a la actividad de transporte, ya que precisamente al agente marítimo, por mandato de los artículos 1491 y 1494 del Código de Comercio, le está vedado ejercer la actividad de empresario de transporte, so pena de que se le cancele la respectiva licencia de agente.

Indica también la accionante, que así como el Ministerio en providencias expedidas en 1987 y 1988, de las cuales transcribe algunos apartes, negó la personería jurídica a los Sindicatos Nacionales de Trabajadores de Seguros de Capitalización y Afines -SINDESEGUROS- y Nacional de Trabajadores del Transporte de Valores, Empaques de Nóminas, Mensajería y Vigilancia -SINTRAVIG-, por estimar que las empresas donde laboran los trabajadores que las conformaron no pertenecían al ramo industrial sino que son empresas comerciales, también debió abstenerse de reconocer personería al sindicato cuyo reconocimiento se cuestiona, pues repite la actividad y el objeto de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., que es el transporte marítimo, y la de la Sociedad Gran Marítima Ltda. -GRAN MAR-es la de agencia marina, calificadas como de servicios, aclarando que el agente marítimo no tiene que ver con el mar ni con el transporte marítimo y de carga, pues sólo representa el armador para lo relativo a la nave, y ninguna de dichas empresas se encuentran comprendidas dentro del concepto de industrial.

Insiste en sostener que la actividad del transporte marítimo es un servicio, pues el artículo 142 del Decreto 2324 de 1984 así lo califica y el artículo 3o. del Decreto 994 de 1966 señala que los buques cargueros son ese servicio marítimo.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Asevera la demandante que el empresario de transporte y el armador no cumplen objetos sociales similares, conexos o dentro de la misma actividad, para que sus servidores válidamente puedan agruparse en sindicatos de industria.

También alega que para la fecha en que se constituyó y se reconoció personería a ASOTRAINMAR los trabajadores de la Sociedad Grancolombiana se encontraban afiliados a la Asociación Nacional de Trabajadores de Grancolombiana S.A.,"ANEGRAN" y que era también natural que para ese momento, los pertenecientes a la Empresa Gran Marítima Ltda. -GRANMAR- y a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., deberían estar separados o desafiliados de ANEGRAN con la correspondiente comunicación oportuna a la Flota, a objeto, entre otros, de que no se les siguiera descontando las cuotas de afiliación con destino a ANEGRAN; mas ello no aconteció y, por tanto, al reconocer la personería a ASOTRAINMAR se quebrantó el artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo que prohibe ser miembro a la vez de varios sindicatos de la misma clase o actividad.

Al contestar la demanda, el apoderado del Sindicato propone las excepciones de: falta de causa, toda vez que carece de fundamento la violación de las normas invocadas por la actora; inexistencia del acto acusado, ya que conforme a la Ley 26 de 1976, convenio 87 de 1948 de la O.I.T., los sindicatos se constituyen sin autorización previa; consiguientemente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no ostenta competencia para otorgarle personería y aprobar sus estatutos.

En cuanto al aspecto de fondo argumenta que el citado convenio aprobado en Colombia por la Ley 26 de 1976 que prevalece sobre el derecho interno, permite a los trabajadores, sin distinción ni limitaciones, constituir las organizaciones que estimen convenientes, con la condición de observar los estatutos, siendo la única prohibición la asociación para delinquir; que por expresa disposición legal, el transporte es una industria, aún en la Ley 15 de 1959 se indica que se confiere mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte y en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-; aprobado por la Ley 129 de 1931, se cataloga el transporte de personas o mercancías por carreteras, ferrocarril o vías de aguas marítimas o interior como empresa comercial y, finalmente, señala que aún en el sentido desueto, fabrilista y restringido, el transporte es una industria, según la definición que de este concepto tienen los Diccionarios Enciclopédicos de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas y el de la Lengua Española. Por ende, es procedente la existencia de ASOTROINMAR, y el literal b) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo relacionado con el sindicato de industria está referido a la rama, es decir, al sector, al área, a la actividad, al conjunto de operaciones, al sindicato vertical. Indica por último que no es cierto que trabajadores de ese sindicato estuvieran afiliados simultáneamente al Sindicato de Base ANEGRAN, pues, según la misma empresa demandante, existe una relación del personal retirado a quien se le efectuó descuento con destino a ANEGRAN, y ello debido a que existen dos tipos de cuotas: una, la sindical, que paga el afiliado al sindicato

del que forma parte; y otra, la del beneficio convencional que paga el trabajador no afiliado al sindicato, amparado por las prerrogativas de la convención colectiva y esto es lo que sucede en el *sub-lite*.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Quinta ante el Consejo de Estado opina que deben denegarse las súplicas de la demanda, en virtud de que estima que el legislador al definir el sindicato de industria no lo hizo pensando en que solamente era industria la actividad destinada a producir, fabricar, manufacturar o transformar materias u objetos -artículos 20 y 12 del Código de Comercio- sino que se refiere a un grupo de empresas que se hallan dentro de una misma actividad o explotación económica; y que comparando los objetos sociales de las sociedades donde laboran los trabajadores de ASOTRAINMAR se encuentra que si bien la una transporta bienes, la otra es agente de la primera, y que por la finalidad del objeto social, concurren con su actividad al mismo fin - transporte marítimo de productos -, configurándose la conexidad y complementariedad suficientes para que puedan ser consideradas como pertenecientes a una misma rama industrial, a un mismo sector económico. Expresa que la segunda sin la primera no tendría razón de ser porque hacer parte de una misma explotación económica.

Desechó también la colaboradora fiscal los argumentos relacionados con la vigencia de la afiliación de algunos fundadores de ASOTRAINMAR a la Asociación Nacional de Trabajadores de Grancolombiana S.A.-ANEGRAN-, porque aún sin los trabajadores que a la fecha de constitución del sindicato aparecen afiliados a ANEGRAN, quedaba un número de ellos superior al que exige la ley para su constitución y funcionamiento.

Se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se referirá la Sala, en primer término, a las excepciones propuestas.

Del análisis integral de la contestación de la demanda y, especialmente del capítulo intitulado "Excepciones", surge nítidamente que las formuladas por el apoderado de la Asociación de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial Nacional e Internacional -ASOTRAINMAR- y que denominó "falta de causa" e "inexistencia del acto acusado" no son tales en realidad, pues constituyen la esencia de los contraargumentos esgrimidos para desarticular el ataque a los actos acusados, razón por la cual conducen al estudio de fondo de la cuestión planteada y no están llamadas a prosperar como excepciones.

Además, de aceptarse la tesis de la inexistencia de los actos acusados, para el Sindicato sería inocua la decisión que aquí se adoptara, ya que no lo afectaría en absoluto; pero lo cierto es que hay unos actos administrativos vigentes que reconocen

personería jurídica y aprueban estatutos que están demandados y, por tanto, es necesario un pronunciamiento sobre su legalidad.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que asiste razón a la Procuradora Judicial Quinta, cuando considera que no procede la infirmación de los actos demandados con el argumento de que algunos fundadores de SINTRAINMAR, en el momento de la constitución de esa agremiación, se hallaban afiliados a la Asociación Nacional de Trabajadores de Grancolombiana S.A. -ANEGRAN-, ya que si bien está acreditado que había trabajadores a quienes se les efectuaron descuentos de afiliación a ANEGRAN en los meses de abril, mayo y junio de 1989, sólo respecto a seis (6) de los 76 fundadores de ASOTRAINMAR se presentaría el fenómeno de la doble afiliación sindical y, de acuerdo con el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo para fundar un sindicato bastan veinticinco (25) trabajadores. La aludida circunstancia -6 trabajadores con dobe afiliación sindical- no afecta entonces la validez del acto de constitución de dicha agremiación, que contó para ello con 70.

En cuanto a los demás argumentos esgrimidos para lograr la nulidad de los actos acusados, se observa: dice la accionante que el transporte no es industria. El concepto de "industria", referido únicamente a la transformación de materias primas y elementos de producción de artículos en general, concepto acogido muchas veces por las autoridades del trabajo y por esta jurisdicción, ha venido siendo revaluado para efectos de asociación sindical de industria, con el fin de darle paso a la noción de actividad económica que es mucho más amplia y consulta mejor el principio constitucional de libertad de asociación.

La misma ley ha calificado como industrias algunas actividades económicas que no tienen por objeto la transformación de materias primas o la elaboración de artículos de consumo, tales como el transporte, la banca, la hotelería, para efectos de intervención estatal.

La Ley 50 de 1990 acogió esta tendencia y eliminó la restrictiva al modificar el artículo 356 del Código Sustantivo de Trabajo, mencionando los sindicatos de industria o por rama de actividad económica, como aquellos formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica.

Lo cierto es que con anterioridad a esta ley, ya se le había dado el calificativo de industria al transporte y se venían reconociendo sus sindicatos. Por consiguiente el argumento no puede prosperar.

Se alega también que la Flota Mercante Grancolombiana y Gran Marítima Ltda. no pertenecen a una misma rama industrial y antes bien, siendo Gran Marítima agente marítimo, le está expresamente vedado ejercer la actividad de empresario del transporte, que es la propia de la Flota Mercante Grancolombiana.

No hay duda ninguna acerca de que, según sus respectivos objetos sociales, la Flota Mercante Grancolombiana es una empresa que se ocupa del transporte marítimo, en tanto que Gran Marítima Ltda. "GRANMAR", presta servicios de agente marítimo en representación de armadores nacionales o extranjeros, para todo lo relacionado con las naves en tierra y con los contratos de transporte celebrados por ellos.

Ciertamente Gran Marítima ejerce una actividad que puede considerarse conexa o complementaria de la de transporte, pero en ningún caso le es permitido dedicarse al transporte.

Es así como el Código de Comercio en sus artículos 1491 y 1494 hace énfasis en que el agente marítimo no puede ser empresario de transporte, so pena de no poder inscribirse como tal o de que le sea cancelada la licencia.

Lo anterior muestra claramente que las dos empresas no pertenecen ni pueden pertenecer a una misma rama industrial, que es el requisito exigido para constituir un sindicato de industria.

El hecho mismo de ser actividades complementarias o conexas está demostrando que son distintas y se colaboran entre sí; pero el requisito legal exige pertenecer a la **misma** rama industrial y no a ramas conexas.

En este orden de ideas es preciso concluir que le asiste razón a la demandante en cuanto a este argumento, el cual conduce a la anulación de los actos acusados.

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

FALLA:

1o.- No prosperan las excepciones propuestas por la Asociación de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial Nacional e Internacional - ASOTRAINMAR-.

2o.- Son nulas las resoluciones Nos. 04603 de 29 de diciembre de 1987 y 01105 de 4 de abril de 1988, proferidas por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por las cuales reconoció Personería Jurídica y aprobó los estatutos de la Organización Sindical de Primer Grado y de Industria denominada Asociación de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial Nacional e Internacional "ASOTRAINMAR", con domicilio en el Municipio de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca.

Como consecuencia de lo anterior cancélese la inscripción en el registro sindical correspondiente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Alvaro Díaz-Granados, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO GENERAL/ACTO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

En este caso se expidió un acto de carácter general que conlleva ejercicio de una función administrativa y, por lo tanto, constituye acto administrativo no excluído del conocimiento de esta jurisdicción. Su control debe efectuarse por la jurisdicción contenciosa, ya que ningún acto de tal naturaleza debe escapar al control jurisdiccional, precisamente para que examine si quien lo expidió tenía competencia para ello y si al ejercerla lo hizo con observancia de las disposiciones superiores que gobiernan la materia. Y ese control no puede ser efectuado por la jurisdicción ordinaria, competente sólo para conocer de los casos concretos derivados de la aplicación de normas generales. Declara nula la frase contenida en el inciso 2o. del artículo 1o. de la resolución No. 080 del 16 de marzo de 1989 dictada por el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el aparte que dice: "so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este manual".

CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO-Naturaleza Jurídica/**JUNTA DIRECTIVA/ DELEGACION DE FUNCIONES/ GERENTE**-Facultades/**REGLAMENTO INTERNO**-Modificaciones/**TRASLADO**-Confirmación/ **FALTA GRAVE**-Inexistencia

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es una sociedad de economía mixta, que se rige por las normas propias de tales instituciones, cualquiera sea la proporción en que concurra el Estado en la formación

de su capital, como lo dispone el artículo 7o. de la Ley 33 de 1971 para esta entidad. El reglamento interno de trabajo de la Caja regula los deberes, las obligaciones especiales y las prohibiciones de los trabajadores (artículos 69, 73 y 75). Y en los capítulos XVIII y XIX se establecen, respectivamente, el Régimen Disciplinario y las justas causas de terminación unilateral del contrato de trabajo, entre las cuales no está la contemplada en la disposición acusada. No es correcta entonces la interpretación según la cual, gracias a la delegación conferida al señor Gerente General de la Caja por la Junta Directiva, dicho funcionario tiene facultad para determinar como falta grave del trabajador, el no darle cumplimiento a la decisión que confirme un traslado o movimiento que se le haga, como lo establece el artículo 1o. de la mencionada resolución, porque esta materia corresponde de acuerdo con la Ley, al Reglamento Interno de Trabajo y a lo que se pacte en las convenciones colectivas, y éste no puede ser modificado unilateralmente por el Gerente de la entidad. Asiste pues la razón a la agencia del Ministerio Público cuando en su concepto de fondo expone que no podía entrar el Gerente, en aras de aprobar una norma reglamentaria, que fue lo delegado, a calificar como falta grave una conducta no prevista ni en la Ley ni en el reglamento de trabajo.

DECLARA NULA la frase contenida en el inciso 2o. del artículo 1o. de la resolución No. 080 del 16 de marzo de 1989 dictada por el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el aparte que dice: "so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este Manual".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4821. Autoridades Nacionales. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante apoderado, solicita ante esta Corporación se declare parcialmente nulo el artículo 1o. de la resolución No. 080 de marzo 16 de 1989, por la cual se introducen modificaciones al Manual Administrativo de Personal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, proferida por el Gerente General de dicha entidad descentralizada, en cuanto expresa "...En caso de que la decisión confirme el movimiento, el trabajador está en la obligación de darlecumplimiento so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este manual" (Folio 8, cuaderno principal).

HECHOS

Los narrados en el libelo son los siguientes:

1o.- La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es una sociedad de economía mixta con una participación de capital público superior al 90%.

2o.- Dada la participación de capital público, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero se rige por las disposiciones legales aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

3o.- El Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es empleado público, agente del Presidente de la República y designado directamente por éste.

4o.- Las personas que prestan sus servicios en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero son empleados oficiales.

5o.- Todos los empleados de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, a excepción del Gerente General, son trabajadores oficiales.

6o.- El régimen jurídico-laboral de los trabajadores oficiales de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero está determinado por la ley y las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la mencionada entidad y su Sindicato.

7o.- Las faltas graves, con base en las cuales la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero puede despedir a sus trabajadores oficiales, están consagradas en la ley y en el Reglamento Interno de Trabajo.

8o.- Fuera de las conductas señaladas en la ley como faltas graves que puedan justificar el despido de sus empleados, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, solamente puede establecer otras diferentes, a través del Reglamento Interno de Trabajo, los contratos de trabajo y las convenciones colectivas de trabajo.

9o.- A través del artículo Primero de la resolución No. 080 del 16 de marzo de 1989 expedida por el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se estableció como grave falta sancionable, con la aplicación del procedimiento para terminación del contrato de trabajo, el hecho de que un trabajador se niegue a aceptar un traslado cuando, una vez analizadas las objeciones del trabajador afectado, la Entidad confirme su decisión de realizarlo.

10o.-En el artículo 56 de la convención colectiva de trabajo vigente para la fecha en que se produjo la expedición del acto acusado, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se comprometió a no hacer ningún traslado que perjudique a sus empleados.

11o.-El acto acusado es de carácter general; fue expedido con violación de normas de superior jerarquía a las que debía estar sujeto y con desviación de poder.

12o.-El acto administrativo acusado carece de cuantía".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Se citan como tales los artículos 2 y 17 de la Constitución Política de 1886; los artículos 48 y 49 numeral 6 del Decreto 2127 de 1945 y el artículo 56 de la Convención Colectiva suscrita entre los trabajadores y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el 15 de febrero de 1988.

En el concepto de la violación se argumenta que la Caja Agraria no puede determinar en forma arbitraria y sin sujeción a procedimientos legales, qué hechos de manera general y abstracta constituyen justa causa de despido o terminación unilateral del contrato de trabajo con sus servidores; que acorde con lo previsto en los artículos 48 y 49 numeral 6o. del Decreto 2127 de 1945, el empleador oficial cuando pretende señalar conductas distintas a las reguladas en la ley que constituyen, en forma general, justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo no puede limitarse a proferir un acto donde simplemente manifieste tal circunstancia, sino que debe hacerlo apelando a los mecanismos que la ley ha previsto para esos efectos, es decir, el Reglamento Interno de Trabajo o la Convención Colectiva; que, no obstante lo anterior, el Gerente General de la Caja expidió el acto acusado determinando como falta grave sancionable con la aplicación del procedimiento señalado para el despido, el hecho de que un trabajador se niegue a aceptar un traslado, cuando luego de analizadas las objeciones del funcionario afectado, el organismo confirme su decisión de realizarlo; que el Gerente ha debido en este asunto proceder a modificar el Reglamento Interno de Trabajo, concretamente sus artículos 79 y 80, o buscar una modificación de la convención colectiva de trabajo, incluyendo el hecho a que alude el acto enjuiciado como grave falta que amerita el despido; que además este acto se encuentra viciado de nulidad, desde el punto de vista de fondo, por cuanto al analizarse cuidadosamente la conducta descrita como "grave falta", se llega a la conclusión de que si un trabajador se niega a aceptar un traslado, aún siendo perjudicial para sus intereses, la entidad podría despedirlo, lo que constituye una flagrante infracción a las normas y principios del derecho laboral que regulan lo atinente a los contratos de los trabajadores oficiales (artículos 1, 2, 17, 18, 21 y ss. del Decreto 2127 de 1945); que ningún patrono, ni siquiera oficial, puede válidamente obligar a sus trabajadores a aceptar traslados que los perjudiquen, rebajándolos de categoría, sueldo o dependencia, u ocasionándoles graves daños económicos o familiares; que el acto impugnado viola el compromiso adquirido por la Caja en el artículo 56 de la Convención Colectiva de Trabajo, en la medida en que, si un empleado es coaccionado, forzado o despedido por no aceptar un traslado que lo perjudique, el pacto convencional anotado sería nugatorio; que de igual modo se infringe en el caso sub-lite el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, porque la convención es ley para las partes; que el acto acusado debe anularse en los términos del artículo 84 del C.C.A., por ser violatorio de normas superiores y por desviación de poder, puesto que el Gerente General de la Caja pretende imponer un sistema que presione o coaccione a los empleados para aceptar traslados omnímodamente determinados; que no puede la entidad, sin contrariar los artículos 2 y 17 de la Carta de 1886, dictar un acto dirigido a vulnerar los derechos de los trabajadores.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto opina que debe anularse la frase "... so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este manual", pues en el caso *sub-exámine* el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se excedió en el ejercicio de sus atribuciones, toda vez que mediante el acto acusado creó una nueva causal de terminación unilateral del contrato de trabajo en dicha entidad descentralizada; que la Junta Directiva de la Caja únicamente delegó el referido funcionario la facultad de aprobar las normas internas de carácter reglamentario derivadas de sus políticas; que este cuerpo colegiado mal podría delegar una facultad que no tiene; que no es dable jurídicamente que el Gerente General de la Caja en aras de aprobar una norma reglamentaria, establezca una nueva causal para dar por terminado un contrato de trabajo; que el referido funcionario vulneró así el artículo 49 del Decreto 2127 de 1945, los estatutos de la Caja en su artículo 27 y además el artículo 79 del Reglamento Interno (folios 37 a 43 *ibídem*).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub-júdice* la legalidad del artículo 1o. de la resolución No. 080 de 16 de marzo de 1989, por la cual se introducen modificaciones al Manual Administrativo de Personal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, expedida por el Gerente General de esa entidad (folios 5, 6 y 7, cuaderno principal), en el aparte que dice:

> **"En caso que la decisión confirme el movimiento, el trabajador está en la obligación de darle cumplimiento, so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este Manual" (Folio 6, *ibídem*).**

Dada la naturaleza y contenido del acto que se demanda, estima la Sala necesario hacer un previo análisis de la competencia para conocer de él.

Indudablemente es una decisión que afecta a trabajadores oficiales y siempre se ha sostenido, con base en lo dispuesto por el artículo 131, numeral 6 del C. C.A., que los derechos de los trabajadores oficiales no se dilucidan en esta jurisdicción porque provienen de un contrato de trabajo.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que en este proceso se acusa un acto de contenido general y abstracto, no su aplicación a un caso concreto.

Es claro que el acto administrativo particular que afecte a un trabajador oficial, expedido en aplicación de normas generales como ésta, no sería acusable ante esta

jurisdicción, pues la controversia versaría, sin lugar a dudas, sobre los derechos particulares y concretos que el trabajador estimara vulnerados.

Pero tratándose de la norma general que, como en este caso, establece reglas de conducta y faltas disciplinarias, cree la Sala luego de un análisis detallado que la lleva a rectificar decisiones anteriores que tiene competencia para conocer. Primero, porque en manera alguna puede pensarse que provenga de un contrato de trabajo, ya que fue expedido unilateralmente por el gerente de la entidad; y segundo, porque conforme al artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, aquellos actos que se expidan en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en cumplimiento de funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos. En este caso se expidió un acto de carácter general que conlleva ejercicio de una función administrativa y por lo tanto constituye acto administrativo no excluído del conocimiento de esta jurisdicción. Su control debe efectuarse por la jurisdicción contenciosa ya que ningún acto de tal naturaleza debe escapar al control jurisdiccional, precisamente para que se examine si quien lo expidió tenía competencia para ello y si al ejercerla lo hizo con observancia de las disposiciones superiores que gobiernan la materia. Y ese control no puede ser efectuado por la jurisdicción ordinaria, competente sólo para conocer de los casos concretos derivados de la aplicación de normas generales.

Por las anteriores razones, la Sala procede a efectuar el estudio de fondo de la cuestión planteada.

En la parte considerativa de la citada resolución se invocó delegación de funciones por parte de la Junta Directiva de la Caja Agraria para introducir modificaciones al Manual Administrativo de Personal de dicha entidad descentralizada, delegación que hizo la Junta por Acuerdo No. 278 del 4 de mayo de 1982, acta No. 1922, en el Gerente General, así:

> "La función de aprobar las normas internas de carácter reglamentario, derivadas de las políticas que trace la Junta Directiva".

El texto completo del artículo 1o. de la resolución No. 080 de 1989, es el siguiente:

> "Artículo Primero.- Modificar el Manual Administrativo de Personal, numeral 42.2.2.6., así:
>
> 42.2.2.6. La no aceptación de un movimiento por parte del trabajador deberá ser fundamentada por escrito ante el superior que disponga la novedad y probar los hechos del presunto perjuicio en el término máximo de 3 días hábiles contados a partir de la fecha en que se le comunique tal novedad. Los perjuicios deben guardar estrecha relación con el contrato.
>
> Dicho superior analizará y decidirá dentro de los cuatro (4) días hábiles subsiguientes a la fecha en que llegue a su conocimiento, lo más conveniente a los intereses de la Caja y del propio trabajador. **En caso que la decisión**

confirme el movimiento, el trabajador está en la obligación de darle cumplimiento, so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este manual".

La parte subrayada es la que se acusa.

Ahora bien, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es una sociedad de economía mixta, que se rige por las normas propias de tales instituciones, cualquiera sea la proporción en que concurra el Estado en la formación de su capital, como lo dispone el artículo 7o. de la Ley 33 de 1971 para esta entidad.

Como consta en el cuaderno No. 2, el reglamento interno de trabajo de la Caja regula los deberes, las obligaciones especiales y las prohibiciones de los trabajadores (artículos 69, 73 y 75), y en los capítulos XVIII y XIX se establecen, respectivamente, el régimen disciplinario y las justas causas de terminación unilateral del contrato de trabajo, entre las cuales no está la contemplada en la disposición acusada.

El artículo 31 del Decreto 2127 consagra que entre las materias que debe contener el reglamento interno de trabajo están las atinentes a las obligaciones y prohibiciones para los trabajadores, escala de faltas y procedimiento para su comprobación, sanciones disciplinarias y sus formas de aplicación.

No es correcta entonces, la interpretación según la cual gracias a la delegación conferida al señor Gerente General de la Caja por la Junta Directiva, dicho funcionario tiene facultad para determinar como falta grave del trabajador, el no darle cumplimiento a la decisión que confirme un traslado o movimiento que se le haga, como lo establece el artículo 1o. de la mencionada resolución porque esta materia corresponde de acuerdo con la ley al reglamento interno de trabajo y a lo que se pacte en las convenciones colectivas, y éste no puede ser modificado unilateralmente por el Gerente de la entidad.

Asiste pues la razón a la agencia del Ministerio Público cuando en su concepto de fondo expone que no podía entrar el Gerente, en aras de aprobar una norma reglamentaria que fue lo delegado, a calificar como falta grave una conducta no prevista ni en la ley ni en el reglamento de trabajo.

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

FALLA:

Declárase nula la frase contenida en el inciso 2o. del artículo 1o. de la resolución No. 080 del 16 de marzo de 1989 dictada por el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el aparte que dice: "so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este Manual".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Enrique Conti Bautista, Conjuez; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

CARRERA ADMINISTRATIVA/INSUBSISTENCIA/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION/COMISION

La declaración de insubsistencia es un mecanismo que utiliza la administación para ejercer la facultad discrecional de remover del servicio a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad o no han incurrido en falta disciplinaria que amerite destitución. Por ende, por su naturaleza, el acto contentivo de la declaración de insubsistencia del nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción no está sujeto a ningún procedimiento previo a su expedición. El Estatuto de Personal del SENA en su artículo 63 establece en su literal f) la comisión para desempeñar las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción, cuando ella se otorgue a un funcionario de carrera, modalidad de comisión regulada de igual forma en los Decretos 2400 y 3074 de 1968, cuya omisión implica la pérdida del fuero de carrera.

DESVIACION DE PODER

La desviación de poder se configura cuando la correspondiente autoridad hace uso de una atribución legal, con propósitos distintos de aquéllos previstos en la norma que la confiere. La desviación de poder debe surgir claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca. Debe llevarse al juzgador la certeza incontrovertible de que las razones que tuvo la administración para expedir el acto impugnado no son aquellas que la ley le permite expresamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5383. Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Enrique Velasco Espinosa.

El señor Jorge Enrique Velasco Espinosa interpuso por medio de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia del 22 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Admitido el recurso mediante auto del 18 de diciembre de 1990 (folio 145, cuaderno principal), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La parte actora, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" demandó ante el Tribunal la declaración de **nulidad de la resolución No. 1638** del 10 de diciembre de 1985 expedida por la Dirección General del **SENA**, mediante la cual se declaró **insubsistente** el nombramiento del demandante como Subgerente de Planeación de ese instituto descentralizado, en la Seccional del Valle del Cauca.

Como restablecimiento del derecho, el actor pidió ser reintegrado al empleo que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría, el pago de sueldos y prestaciones dejados de percibir a consecuencia de la desvinculación y que se considere sin solución de continuidad sus servicios a la Administración (folios 3 y 4 *ibídem*).

El *a-quo*, en la sentencia apelada, denegó las súplicas del libelo, pues consideró que no aparece en el caso *sub-júdice* demostración alguna de que el actor hubiera ingresado a la Carrera Administrativa; que lo sostenido por la parte demandante en los hechos de la demanda, y en especial en la adición de la misma, no han tenido comprobación en el proceso, en cuanto hace referencia a las razones de la declaración de insubsistencia; que de otro lado, se observa que el acto impugnado proviene del Director General del SENA y que no se ha demostrado en este asunto que los hechos relacionados en el escrito demandatario hubieran sido los que originaron el retiro del servicio del actor, es decir, que no se da causa eficiente entre uno y otro suceso; que, por ende, hay que colegir que fue por motivos del buen servicio que se produjo la desvinculación del demandante, ya que tampoco aparece otro motivo probado en el caso *sub-exámine;* que analizados los testimonios allegados, no dan razón cierta de los motivos del retiro del actor; que de la lectura de las declaraciones, fácil resulta concluir que corresponden a manifestaciones que se hacen sobre planos de convicción interna, ajenas a prueba alguna de carácter externo de índole probatoria; que menos aún los testimonios tienen fuerza, cuando los antecedentes que presentan como fundamento, no han sido probados dentro del proceso (folios 120 a 126 *ibídem*).

En el escrito contentivo del recurso de apelación se alega sobre la situación del demandante frente a la Carrera Administrativa y la falta de haber llegado a una conclusión más exacta sobre el tópico, por cuanto el Tribunal no hizo cumplir a la entidad demandada el envío de la hoja de vida del actor; que en los hechos de la demanda se dejó constancia sobre la circunstancia de la indebida motivación o falta de contenido del acto administrativo, no obstante que esta clase de decisiones discreciones por mandato legal no tengan que motivarse, pero ello no quiere significar que tales actos carezcan de motivo legal; que además, si se tiene en cuenta el artículo 36 del C.C.A., esta situación no se presenta en la expedición del acto acusado, pues si se observa su contenido, éste se atiene a unas fórmulas preimpresas generales; que es notoria la incongruencia del artículo primero de la resolución impugnada con la decisión final, ya que la aplicación del vocablo "ordenar" en este asunto se contrapone a la expresión "declarar" que tiene la virtualidad de manifestar la voluntad administrativa cuando utiliza la facultad de remoción del empleado de un cargo; que no es dable que el Consejo de Estado pueda prohijar la existencia de actos que expresen la voluntad de la administración, en forma tan general, toda vez que las situaciones laborales administrativas que se definen por medio de formato impreso deciden toda clase de situaciones, muchas de ellas sin transcendencia para el control de legalidad a que debe estar sometida la voluntad administrativa, sobre todo cuando la facultad discrecional de remoción de un empleado que no está inscrito en la carrera se debe basar en una disposición legal precisa que, si bien puede no considerarse como motivo del acto, por lo menos debe hacer parte de su contenido, como elemento esencial de su existencia jurídica, si nos atenemos a la forma de actuar de los funcionarios, según lo indica el artículo 20 de la Constitución Política anterior; que en el caso *sub lite* no es indispensable la demostración de ninguna actuación que hubiere promovido la Gerente Regional del SENA -ante el Director General, pues por obvias razones de funcionamiento de la administración pública, la dirección central de cualquier organismo estatal obra con la colaboración indispensable de sus directivas regionales, sobre todo en organismos como el SENA, con más de veinte filiales en todo el país; que el *a-quo* reliza un análisis ligero de la prueba testimonial, aduciendo que los testigos no dan la razón de su dicho, descalificando en forma simple la desviación de poder alegada, tratando de exigir prueba documental, sin tener en cuenta la dificultad probatoria que hay para desentrañar el motivo oculto que a veces tienen actos administrativos muchas veces arropados por la legalidad general que los ampara; que el Tribunal hace un desacertado análisis de los testimonios aportados al proceso, ya que considera que estos no dan razón cierta de las causas del retiro del actor, transcribiendo frases expuestas por los declarantes; que este análisis precario hecho por el *a-quo* demuestra el poco estudio de fondo que hizo de este medio probatorio, puesto que no se estudió en su integridad, teniendo en cuenta además la serie de indicios que se descubren al analizar las pruebas en su conjunto; que lo que se evidencia en este asunto es la situación irregular de la gestión administrativa de la gerencia regional no sólo de contratación sino laboral de la institución, sin que pueda admitirse el que se minimice ciertas situaciones que para el ente demandado tiene gran importancia por tratarse de cuantiosa inversión del presupuesto, como en el caso de la

construcción de la sede de Cartago y la compra de varios televisores que luego fueron decomisados por contrabando, atentándose de esta manera contra el buen nombre de la institución; que únicamente analizados en su conjunto los testimonios se puede apreciar la incidencia de la situación laboral del demandante, enfrentado a la gestión irregular que posteriormente le obligó a la Gerente Regional a renunciar de su cargo (folios 128 a 131 y 136 a 144 *ibídem*).

La doctora Fiscal Novena del Consejo de Estado manifiesta en su concepto de fondo que en el caso *sub-jÚdice* debe revocarse el fallo apelado, porque el *a-quo* no hizo un análisis integral del acervo probatorio allegado al proceso, para demostrar que la declaración de insubsistencia estuvo motivada por razones distintas del buen servicio; que la circunstancia de que las jefes inmediatas del actor fueran ineptas para el ejercicio de la función pública, generó enfrentamientos con subalternos, los que por experiencia o en cumplimiento de sus deberes, como son la defensa de los intereses públicos no estaban de acuerdo con sus ilegítimas actuaciones, especialmente, con los Subgerentes de Operaciones y de Planeación; que la ineptitud e inexperiencia y conductas rayanas con el Código Penal de las doctoras María E. de la Cruz de Duque y Olga Lucía Caicedo Rioja, GerenteRegional del SENA y Subgerente Administrativa, respectivamente, en la época de los hechos constitutivos del presente proceso, se encuentran demostradas; que las pruebas traídas llevan el convencimiento de que el demandante fue un funcionario que cumplió con sus deberes, desempeñándose honestamente, respetando las Leyes y defendiendo los intereses del SENA, Regional del Valle del Cauca; que desafortunadamente sus superiores jerárquicos no gozaban de las mismas calidades; que ésta fue la causa de la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor, razón alejada del buen servicio, que anula la facultad discrecional contenida en el acto administrativo enjuiciado; que no obstante lo anterior, para que hayan mayores elementos de juicio, solicita se dé aplicación al artículo No. 169 del C.C.A., para que se remita la hoja de vida del demandante, la cual fue pedida por la parte actora en la adición del libelo y decretada por el*a-quo*, con el fin de hacer claridad sobre la situación de carrera administrativa alegada por el demandante, de la cual no hay en el proceso el menor indicio probado (folios 147 a 157 *ibídem*).

Ahora bien, como es de conocimiento, la declaración de insubsistencia es un mecanismo que utiliza la administración para ejercer la facultad discrecional de remover del servicio a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad o no han incurrido en falta disciplinaria que amerite destitución. Por ende, por su naturaleza, el acto contentivo de libre nombramiento y remoción no está sujeto a ningún procedimiento previo para su expedición.

El señor Jorge EnriqueVelasco Espinosa, en concepto de la Sala, era funcionario de libre nombramiento y remoción, puesto que el empleo de Subgerente Regional, grado 54, Subgerencia de Planeación (folio 11) que desempeñaba el actor en el momento en que su nombramiento fue declarado insubsistente era de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el Decreto 2464 de 1970, contentivo del Estatuto de

Personal del SENA, por lo que no estaba amparado por el fuero de Carrera, así se admitiera los planteamientos hechos por la parte demandante en el libelo de que por concurso convocado por ese organismo, regional de la ciudad de Cali, fue nombrado en período de prueba por cuatro meses a través de la resolución No. 573 del 18 de junio de 1973 en el cargo de Instructor Mandos Medios, pues no obstante que en el auto de práctica de pruebas del 13 de enero de 1988 proferido por el *a-quo* (folios 51 y 51,vuelto) se solicitó la hoja de vida del actor, ésta no se allegó al expediente, razón por la cual lo manifestado al respecto por la parte demandante no pudo acreditarse dentro del proceso.

En efecto, es preciso señalar que el Estatuto de Personal del SENA en su artículo 63 establece en su literal f) la comisión para desempeñar las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción, cuando ella se otorgue a un funcionario de Carrera, modalidad de comisión regulada de igual forma en los Decretos 2400 y 3074 de 1968, cuya omisión implica la pérdida del fuero de carrera, como lo sostuvo la Sala en sentencia de febrero 14 de 1991, expediente No. 997, actor: Luis Benicio Jiménez A., Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

Obsérvese que sobre el aspecto comentado, el apoderado del actor dice en el escrito demandatorio al referirse a la desvinculación del servicio mediante el acto impugnado que "sin tener en cuenta de que éste pertenecía a la Carrera Administrativa a pesar de estar desempeñando un cargo que no es de carrera" (Folio 5 *ibídem*). Y en escrito que obra a folios 110 a 112 *ibídem* afirma que en la hoja de vida del actor "aparece la vinculación de éste en la Carrera Administrativa en un cargo diferente al que desempeñaba cuando se le declaró insubsistente, pues se había observado paso a paso los requisitos mínimos para ingresar a ella, a pesar de que al parecer no se cumplió con la inscripción en el Departamento Administrativo del Servicio Civil, no por culpa del interesado, sino por la negligencia inexplicable de la entidad encargada de solicitar el escalafonamiento de sus empleados" (folio 112 *ibídem*).

De otra parte, si se acepta lo dicho por el demandante en el libelo, en cuanto que éste fue "estimulado con varios ascensos hasta el último cargo de Subgerente de Planeación de dicha entidad" (folio 4 *ibídem*), habría igualmente perdido el fuero a la Carrera antes de su nombramiento en el empleo de Subgerente regional, Grado 54, Subgerencia de Planeación, en el cual fue desvinculado de la administración, puesto que si en los cargos en que se promovió, ello se hizo sin llevarse a cabo el concurso de méritos, carecía de estabilidad laboral y, por ende, para alegar con fundamento jurídico su derecho de permanencia en el servicio, como lo ha expresado la Sala en diferentes oportunidades, como en la sentencia del 7 de mayo de 1991, expediente No. 269, actora: Aída Silva de Pérez, Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas B.

De igual modo, la Corporación en providencia del 22 de septiembre de 1992, expediente No. 4753, autoridades nacionales, actor: Luis Carlos Ospina Beltrán, en asunto similar al que ahora conoce, en relación con el ingreso a la Carrera en período de prueba, manifestó:

"Empero, si quien ingresa a un determinado cargo en período de prueba y sin que se haya definido su situación, pasa luego a otro u otros cargos que ha aceptado voluntariamente, ya no lo ampara ninguna estabilidad relativa, puesto que la protección que la ley le confiere al ingresar por concurso tiene como exclusiva finalidad la calificación de sus servicios para definir su particular situación frente a la Carrera, en el empleo para el cual concursó.

Quien acepta desempeñar otro u otros cargos distintos de aquél al que ingresó en período de prueba sin haberse producido su inscripción en la Carrera es obvio que renuncia a los derechos que comporta esa forma de vinculación a la administración, toda vez que para gozar de la estabilidad que ofrece la Carrera Administrativa, es indispensable obtener previamente la inscripción definitiva en ella, que no sería posible conseguir por no estar ocupándolos ni por concurso ni en período de prueba.

Ciertamente aparece acreditado que el actor diligenció un formulario de inscripción en Carrera en ese empleo (folios 47 y 48 cuaderno 3), pero también es verdad que desde el momento en que aceptó un nombramiento ordinario sin haber definido ni obtenido escalafonamiento en el cargo para el cual había concursado, se colocó en situación de libre nombramiento y remoción.

La dejación voluntaria que hizo el doctor Ospina Beltrán del cargo en el cual debía ser inscrito en Carrera, implicó realmente la renuncia al derecho a ser escalafonado en él y, por ende, la renuncia de los privilegios que otorga el pertenecer a la Carrera Administrativa.

En consecuencia, así se examine la juridicidad de la resolución acusada a la luz de lo normado en el Decreto 2464 de 1970 o del Decreto 1950 de 1973, estatutos que en materia de Carrera Administrativa contienen disposiciones similares, debe concluirse que el acto de declaratoria de insubsistencia del demandante se ajusta a los principios rectores de la Carrera, pues sería un contrasentido hacer derivar consecuencias que impliquen la protección inherente a aquélla, cuando al dejar el cargo en que tenía derecho a ser escalafonado, el empleado está desistiendo de su requerimiento de inscripción en Carrera".

De otro lado, en lo que concierne a la desviación de poder planteada por la parte actora, como se sabe, ella se configura cuando la correspondiente autoridad hace uso de una atribución legal, con propósitos distintos de aquéllos previstos en la norma que la confiere. La desviación de poder debe surgir **claramente** de las pruebas aportadas por quien la invoca. Debe llevarse al juzgador la **certeza incontrovertible** de que las razones que tuvo la administración para expedir el acto impugnado no son aquéllas que la ley le permite expresamente.

Dicha desviación de poder se sustenta, en síntesis, en la adición de la demanda, de la siguiente manera:

"... es evidente como así se afirma y se probará en el curso del proceso que la remoción de mi poderdante, de ninguna manera se debió a un motivo del buen servicio público, sino que por el contrario, se detecta sin ningún asomo de duda, la animadversión y el deseo que tuvo la Gerente Regional del SENA-Seccional del Valle, de liberarse de las personas que se le oponían a sus actuaciones ilegales, sin tener en cuenta que este proceder personal es atentatorio contra el patrimonio de la Entidad que representa, pues esos hechos que trascienden como una típica desviación de poder, necesariamente deben ser juzgados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con fundamento en el control de legalidad que deben tener los actos del Estado". (folio 26 *ibídem*).

Sobre el tópico, en la última sentencia aludida de la Sala se expresó:

"En lo atinente a la desviación de poder, precisa observar que asiste razón a la colaboradora Fiscal cuando afirma que si bien los elementos de juicio que obran en autos, dan cuenta de la actividad desplegada por el doctor Ospina Beltrán en orden a prevenir actuaciones irregulares de la Directora Regional, las cuales originaron el adelantamiento de investigaciones administrativas por parte de la Contraloría y de la Procuraduría como lo aseveran algunos testigos (folios 136 y 143 cuaderno No. 2) y que a raíz de sus denuncias se obtuvo la no adjudicación por parte de la Dirección General del SENA, de una licitación en cuyo trámite se habían presentado irregularidades, también es cierto que esos hechos por sí mismos no revelan que el Director General del SENA al tomar la decisión de separar al accionante del servicio obrara con el fin de satisfacer propósitos revanchistas de la Directora Regional por la actividad asumida por ésta en relación con sus actuaciones supuestamente ilegales, ya que por el contrario, la receptividad de ese funcionario frente a sus denuncias, - pues como lo afirma el demandante a raíz de ellos se abstuvo de adjudicar una licitación en cuyo trámite se había incurrido en irregularidades -, evidencia la objetividad e imparcialidad del nominador frente a la situación administrativa que se presentó en la regional del Valle.

En este orden de ideas, el acto acusado proferido sin motivación ninguna para declarar insubsistente su nombramiento ordinario, se ajustó al ordenamiento jurídico y mantiene incólume la presunción de legalidad que lo ampara, lo cual determina la confirmación de la sentencia apelada".

Situación similar a la planteada en la referida providencia se produjo en el caso *sub-exámine,* pues el señor Luis Carlos Ospina Beltrán, como Subgerente de Operaciones del SENA, Regional Valle del Cauca, era compañero de labores del señor Jorge Enrique Velasco Espinosa, Subgerente de Planeación de esa entidad, por la época de los sucesos a que hace mención la demanda, quienes fueron desvinculados de la administración el 10 de diciembre de 1985 mediante las resoluciones Nos. 1638 y 1639 dictadas por la Dirección General del SENA, y como se establece para el caso del señor

Ospina Beltrán en la comentada sentencia de la Sala del 22 de septiembre de 1992, funcionarios que buscaron prevenir actuaciones irregularidades de la Directora Regional del SENA y de la Subdirectora Administrativa, que originaron la comunicación dirigida por el Consejo Directivo Regional del SENA al Presidente del Consejo Nacional el 17 de diciembre de 1985 (folios 20 y 21 *ibídem*) y la formulación de pliegos de cargos a tales funcionarias por la Procuraduría Regional de Cali (folios 1 a 8, cuaderno No. 2); actuaciones administrativas irregulares a que hacen referencia declaraciones que fueron aportadas al proceso (folios 93 a 98 y 105 a 107 cuaderno principal), lo cual trajo como consecuencia enfrentamientos de carácter laboral con los Subdirectores de planeación y de operaciones, como se deduce de dichos testimonios.

Sin embargo, éstos no llevan a la **indubitable conclusión** de que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor ordenada en el acto impugnado por el Director General del SENA, se adoptara como consecuencia de los hechos que se exponen en el escrito demandatorio.

En efecto, María Teresa Arizabaleta de García, quien se desempeñaba como Consejera Regional del SENA en representación del Ministerio de Agricultura, alude en su declaración (folios 93 a 94 cuaderno principal) a la existencia de irregularidades administrativas, entre otras, en una licitación efectuada en la ciudad de Cartago, a la cual el demandante se opuso en el Comité Interno o Junta de Licitaciones para dar concepto favorable al ingeniero a quien se pretendía adjudicarla; que no puede tener certeza sobre la causa de la desvinculación del servicio, pero que cree que fue por lo de la licitación y que sospecha que existieron enfrentamientos laborales; al tanto que sobre este tópico la testigo Rocío Martínez Pineda (folios 95 a 96 *ibídem*), Asesora Jurídica del SENA destaca que la declaración de insubsistencia del nombramiento de los dos Subgerentes se produjo por parte del Director General por petición obviamente de la Gerente Regional, quien es la que adelanta en estos casos la gestión ante dicho funcionario; que hubo entre otras irregularidades la de la mencionada licitación, a la cual se opuso el demandante para la adjudicación; que sí existieron enfrentamientos con la Gerente Regional y Subgerente Administrativa que se agudizaron con lo de la licitación en la ciudad de Cartago. De otra parte, Alberto Sánchez Osorio (folios 97 a 98 vuelto *ibídem*), quien ocupaba el cargo en ese entonces de Jefe del Departamento Comercial del SENA, comenta igualmente en su declaración sobre irregularidades en las adjudicaciones de licitaciones; que el actor asumió como actitud defender el organismo de los atropellos que se estaban presentando y que es evidente que se produjo un enfrentamiento del demandante con la Gerente Regional y Subgerente Administrativa, porque no aprobaba sus procedimientos ilícitos, y que debido a estas circunstancias lograron que la Dirección General del SENA declarar insubsistente el nombramiento de los Subgerentes de Planeación y de Operaciones; mientras Farouk Kattan Kattan (folios 105 a 107 *ibídem*), integrante del Consejo Regional del SENA en el Valle del Cauca, en representación de ACOPI, dice al respecto que las experiencias le han mostrado que la decisión del nombramiento y remoción de los Subgerentes la toma la Dirección General en forma autónoma, pero que sin embargo a veces estas

determinaciones se consultan con la dirección regional; expone asímismo sobre irregularidades en materia de contratos, enfrentamientos laborales a los que ya se ha hecho mención y que "el cuadro que se formó en la mente de quienes tuvimos conocimiento de todo el episodio, es que la salida de los doctores Velasco y Ospina, sí fue consecuencia de esos enfrentamientos". Y afirma en cuanto a la forma de remoción que "Eso depende del grado de comunicación y de dependencia que haya entre la Gerencia Regional y la Gerencia Nacional".

Así las cosas, como se decidió en la sentencia aludida del 22 de septiembre de 1992, resulta procedente en el caso *sub-exámine* confirmar el fallo proferido por el *a-quo* el 22 de agosto de 1990.

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 veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa (1990) dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso incoado por el señor Jorge Enrique Velasco Espinosa con el fin de obtener la nulidad de la resolución No. 1638 del 10 de diciembre de 1985 expedida por la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de enero de 1994.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Ospina Beltrán en la comentada sentencia de la Sala del 22 de septiembre de 1992, funcionarios que buscaron prevenir actuaciones irregularidades de la Directora Regional del SENA y de la Subdirectora Administrativa, que originaron la comunicación dirigida por el Consejo Directivo Regional del SENA al Presidente del Consejo Nacional el 17 de diciembre de 1985 (folios 20 y 21 *ibídem*) y la formulación de pliegos de cargos a tales funcionarias por la Procuraduría Regional de Cali (folios 1 a 8, cuaderno No. 2); actuaciones administrativas irregulares a que hacen referencia declaraciones que fueron aportadas al proceso (folios 93 a 98 y 105 a 107 cuaderno principal), lo cual trajo como consecuencia enfrentamientos de carácter laboral con los Subdirectores de planeación y de operaciones, como se deduce de dichos testimonios.

Sin embargo, éstos no llevan a la **indubitable conclusión** de que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor ordenada en el acto impugnado por el Director General del SENA, se adoptara como consecuencia de los hechos que se exponen en el escrito demandatorio.

En efecto, María Teresa Arizabaleta de García, quien se desempeñaba como Consejera Regional del SENA en representación del Ministerio de Agricultura, alude en su declaración (folios 93 a 94 cuaderno principal) a la existencia de irregularidades administrativas, entre otras, en una licitación efectuada en la ciudad de Cartago, a la cual el demandante se opuso en el Comité Interno o Junta de Licitaciones para dar concepto favorable al ingeniero a quien se pretendía adjudicarla; que no puede tener certeza sobre la causa de la desvinculación del servicio, pero que cree que fue por lo de la licitación y que sospecha que existieron enfrentamientos laborales; al tanto que sobre este tópico la testigo Rocío Martínez Pineda (folios 95 a 96 *ibídem*), Asesora Jurídica del SENA destaca que la declaración de insubsistencia del nombramiento de los dos Subgerentes se produjo por parte del Director General por petición obviamente de la Gerente Regional, quien es la que adelanta en estos casos la gestión ante dicho funcionario; que hubo entre otras irregularidades la de la mencionada licitación, a la cual se opuso el demandante para la adjudicación; que sí existieron enfrentamientos con la Gerente Regional y Subgerente Administrativa que se agudizaron con lo de la licitación en la ciudad de Cartago. De otra parte, Alberto Sánchez Osorio (folios 97 a 98 vuelto *ibídem*), quien ocupaba el cargo en ese entonces de Jefe del Departamento Comercial del SENA, comenta igualmente en su declaración sobre irregularidades en las adjudicaciones de licitaciones; que el actor asumió como actitud defender el organismo de los atropellos que se estaban presentando y que es evidente que se produjo un enfrentamiento del demandante con la Gerente Regional y Subgerente Administrativa, porque no aprobaba sus procedimientos ilícitos, y que debido a estas circunstancias lograron que la Dirección General del SENA declarar insubsistente el nombramiento de los Subgerentes de Planeación y de Operaciones; mientras Farouk Kattan Kattan (folios 105 a 107 *ibídem*), integrante del Consejo Regional del SENA en el Valle del Cauca, en representación de ACOPI, dice al respecto que las experiencias le han mostrado que la decisión del nombramiento y remoción de los Subgerentes la toma la Dirección General en forma autónoma, pero que sin embargo a veces estas

determinaciones se consultan con la dirección regional; expone asímismo sobre irregularidades en materia de contratos, enfrentamientos laborales a los que ya se ha hecho mención y que "el cuadro que se formó en la mente de quienes tuvimos conocimiento de todo el episodio, es que la salida de los doctores Velasco y Ospina, sí fue consecuencia de esos enfrentamientos". Y afirma en cuanto a la forma de remoción que "Eso depende del grado de comunicación y de dependencia que haya entre la Gerencia Regional y la Gerencia Nacional".

Así las cosas, como se decidió en la sentencia aludida del 22 de septiembre de 1992, resulta procedente en el caso *sub-exámine* confirmar el fallo proferido por el *a-quo* el 22 de agosto de 1990.

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 veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa (1990) dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso incoado por el señor Jorge Enrique Velasco Espinosa con el fin de obtener la nulidad de la resolución No. 1638 del 10 de diciembre de 1985 expedida por la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de enero de 1994.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS/EMPLEADO PUBLICO- Inexistencia/**PRESTACIONES SOCIALES-**Inexistencia/**HONORARIOS**

El causante no estuvo vinculado al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, como empleado público, aunque sí mantuvo una vinculación como contratista de prestación de servicios, condición que no le permite obtener el pago de salarios ni prestaciones sociales sino de los honorarios pactados en el contrato correspondiente. Como la parte actora pretende que por razones de temporalidad y por la naturaleza de los servicios prestados, el causante tenía derecho al pago de prestaciones sociales en virtud de que su vinculación excedió en tres meses, esto se predica exclusivamente de los supernumerarios carácter que rechaza el actor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5738. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Muñoz Alvarez y otra.

LUIS A. MUÑOZ A. y LUZ MARINA IMBACHI, en representación de su hijo Luis Fernando Muñoz Imbachi, quien falleció encontrándose al servicio del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, solicitaron al Tribunal Administrativo del Cauca la nulidad del acto mediante el cual se le negó al citado Luis Fernando Muñoz el pago de los salarios y prestaciones sociales que a su juicio tenía derecho como empleado público.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo negó las súplicas de la demanda, por estimar que quedó comprobado en el proceso, que el señor Luis Fernando Muñoz Imbachi estuvo vinculado al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" como contratista de prestación de servicios y no probó que él hubiera tenido el carácter de empleado público, ya que no aportó el acto de nombramiento y la posesión correspondiente.

EL RECURSO

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra el anterior fallo, por estimar que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el carácter que tienen sus empleados y no los actos de vinculación y, por consiguiente, como a este criterio orgánico no le dio aplicación el Tribunal, no le asiste razón en sus afirmaciones.

Señala que, por lo tanto, conforme a la legislación vigente, por regla general quienes laboran al servicio de los establecimientos públicos tienen el carácter de empleados públicos y no hay razón para decir que Luis Fernando Muñoz Imbachi no tuviera ese carácter.

Agrega que, además, no hay lugar a decir que existió un contrato de prestación de servicios, ya que éste debía constar por escrito conforme lo señalan los artículos 163 y 167 del Decreto 222 de 1983 y este hecho no quedó demostrado.

Concluye el actor que por esta razón el Consejo de Estado en concepto del 11 de septiembre de 1980 estableció que el personal cuya vinculación excediera en tres meses tenía derecho al pago de las correspondientes prestaciones sociales.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, solicita se confirme el fallo recurrido, pues la parte actora no demostró que hubiera tenido el carácter de empleado público con el Instituto demandado.

Dijo en uno de sus apartes la Fiscalía:

> "2.- Observados y analizados el libelo demandatorio, los argumentos de las partes, la prueba documental recogida y los testimonios escuchados, esta Agencia del Ministerio Público estima que, en realidad, el "de cuyus" (sic) señor Luis Fernando Muñoz Imbachi no tuvo la calidad de empleado oficial de la administración pública -Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" (o, por lo menos, ello no se demostró en el juicio), pues, contrariamente, a lo afirmado por los demandantes se estableció que él, en distintas oportunidades, acordó, con la mencionada entidad, contratos de servicios para realizar trabajos específicos, y, en tal calidad labora, como bien lo ha consignado el Tribunal *a-quo* en la sentencia recurrida, no tiene derecho a los salarios y prestaciones que sus padres, como herederos y aquí actores, reclaman".

Para resolver, se **CONSIDERA:**

1.- El problema que plantea la parte actora en la demanda consiste en que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi no acepta que Luis Fernando Muñoz Imbachi, haya sido un empleado público sino apenas un mero contratista de prestación de servicios.

2.- De aceptar el planteamiento del Instituto demandado, el actor carecería del derecho a percibir tanto salarios como prestaciones sociales, pues dichos contratistas sólo tienen derecho a percibir honorarios, ya que la ley así lo señala.

Textualmente, dice el artículo 167 del Decreto Ley 222 de 1983:

"**De la remuneración a las personas naturales.**

"Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales".

3.- De aceptar el planteamiento de la parte actora, el señor Luis Fernando Muñoz Imbachi tendría derecho al pago de salarios y prestaciones sociales durante su vinculación con el Instituto demandado.

4.- Como en el hecho 2 del libelo demandatorio se sostiene que Luis F. Muñoz tuvo el carácter de empleado público, y en el punto 7 se rechaza que él haya sido supernumerario, habrá de examinarse el problema en el siguiente orden:

a) Dentro de la función pública colombiana se conocen tres formas básicas de vinculación con la administración pública, a saber:

- La modalidad estatutaria.

- La modalidad contractual laboral.

- Los auxiliares de la administración, y

La modalidad estatutaria llamada también legal o reglamentaria confiere a quien por ella tiene acceso a la administración, la calidad de empleado público que es la que en su favor invoca la parte actora.

El régimen estatutario, principalmente, se encuentra regulado en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, y 1950 de 1973 entre otros. En la actualidad puede citarse además la Ley 27 de 1992 para el nivel territorial, mediante la cual se extendió el régimen de la función pública y de la Carrera Administrativa del orden nacional al nivel territorial.

La modalidad contractual laboral otorga a quien ostenta esta calidad, el carácter de trabajador oficial, y se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de que se discutan las condiciones aplicables.

Esta modalidad básicamente se regula por la Ley 6 de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de 1945 y es completamente diferente al contratista de prestación de servicios a que se refiere el Decreto 222 de 1983.

El artículo 168 de este último estatuto, prescribe lo siguiente:

"Para los efectos del presente estatuto, **no se consideran** contratos de prestación de servicios **los de trabajo**".(Se subraya).

La calidad del contratista de prestación de servicios, es la que a su vez invoca el Instituto demandado como la vinculación que existió con Luis Fernando Muñoz I.

b) La actual legislación regula con claridad las relaciones laborales con el Estado y las entidades oficiales. En efecto, con la expedición del Decreto Ley 3135 de 1968, su artículo 5o. sentó el principio**general** de que son empleados públicos quienes laboran en las entidades de la Rama Ejecutiva, tales como los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales, y trabajadores oficiales, quienes laborarán en las empresas industriales y comerciales del Estado.

c) En estas condiciones la legislación empleó para la regla general el criterio orgánico, o sea, que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el carácter de la vinculación, que en el caso que nos ocupa sería la del empleado público para quienes prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva.

d) Como excepción a la anterior regla, se sentó el criterio de que no serían empleados públicos sino trabajadores oficiales quienes se ocuparán en la construcción y sostenimiento de obras públicas o en las actividades señaladas en los estatutos de los establecimientos públicos. Es decir, el legislador acogió el criterio de la actividad o del oficio para la excepción.

Textualmente dijo el artículo 5o. del Decreto Ley 3135 de 1968:

> **"EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.**
>
> Las personas que **prestan sus servicios** en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y **Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo,** los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.
>
> En los **estatutos** de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.
>
> Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

e) Conforme a esta disposición, nos hallamos frente a una presunción legal, según la cual por regla general son empleados públicos los empleados de los establecimientos públicos, presunción que admite prueba en contrario.

5.- Quedó probado en el proceso que Luis Fernando Muñoz I., no laboró en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, ni que la actividad que él desarrolló se encontraba prevista en los estatutos del establecimiento público de orden nacional, -Instituto Geográfico Agustín Codazzi-, como de aquellas que podían ser desarrolladas por trabajadores oficiales y, por lo tanto, no nos hallaríamos frente a un trabajador oficial, que dicho sea de paso, la controversia de tal empleado oficial no sería del conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sino de la justicia laboral ordinaria.

6.- La calidad de empleado público depende de que se desempeñe un cargo público, pero según lo certificó el representante legal del Instituto demandado, dicho señor no desempeñó cargo alguno en esa entidad.

Se expresa lo siguiente en dicha certificación:

"No. 1.1.
Bogotá, 19 de junio de 1989

Señor
JOSE RODOLFO ARANGO LOPEZ
Secretario
Tribunal Administrativo del Cauca
Popayán

REF.: Respuesta a su oficio No.406 de mayo 3 de 1989.

En atención al escrito de la referencia, manifiesto bajo juramente de conformidad con el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil que esta Dirección General en su calidad de nominadora y en ejercicio de sus funciones no ha designado para **cargo alguno** al señor Luis Fernando Muñoz Imbachi ni ha celebrado contrato laboral con esa persona como trabajador oficial.
Es de anotar, que la facultad nominadora otorgada por los estatutos de esta entidad (Decreto 2205 de 1983) no ha sido delegada en ningún momento a otro funcionario.

Cordialmente,

(firmado)

ALVARO GONZALEZ FLETCHER

Director General

Este documento no fue desvirtuado y en sentido contrario con las declaraciones de Jerso Castillo P., Eduardo Garcés A., Iván Noguera, Edgar León M., María Rosa de Valdivieso, Olga María Penna, Edilberto Barrera y Rubén D. Fernández, se concluye que el señor Luis F. Muñoz aunque realizó labores para el Instituto, ellas fueron accidentales, transitorias y mediante contratos de prestación de servicios de períodos cortos.

En vía de ejemplo, EDUARDO GARCES sobre la relación laboral de Muñoz Imbachi, dijo lo siguiente:

> "La vinculación que él tenía con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (sic)**era a contratos,** el cual prestaba servicios como mecanógrafo y no tenía ninguna relación con mis funciones" (se resalta).

7) El secretario de la Seccional del Cauca del Instituto demandado, mediante oficio del 2 de octubre de 1987 certificó al respecto lo siguiente:

> "... el señor Muñoz Imbachi, **jamás perteneció a la planta de personal** del Instituto, en consecuencia, en ningún momento estuvo investido del status de empleado público al servicio de la entidad". (se resalta).

8.- Conviene, conforme a lo anterior, señalar que no solamente los empleados públicos y los trabajadores oficiales pueden prestarle servicios a la Administración Pública, sino que también pueden hacerlo otras personas en calidad de meros auxiliares de la Administración Pública.

Textualmente, prescribe el artículo 4o. del Decreto 1950 de 1973:

> "Quienes prestan al Estado**servicios ocasionales,** como los peritos, obligatorios como los jurados de conciencia o de votación, temporales como los técnicos y **obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo** o una obra, **son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil,** por no **pertenecer a sus cuadros permanentes".** (se resalta).

9.- Como la parte actora manifiesta que el señor Luis Muñoz no tuvo el carácter de contratista de prestación de servicios porque no se allegó el contrato respectivo, deberá expresarse como igualmente lo señaló el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", que en razón a la cuantía podían existir contratos de prestación de servicios que no constaran por escrito como un requisito para su perfeccionamiento, según lo prescribía el artículo 26 del Decreto 222 de 1983, cuyo texto expresa:

> "**De los contratos que deben constar por escrito. Salvo lo** dispuesto en este estatuto, deberán constar por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de trescientos mil pesos ($300.000.oo).
>
> En los demás casos, el reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidad contratante se hará por resolución motivada".

Por consiguiente, se conluye que el causante no estuvo vinculado al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" como empleado público, aunque sí mantuvo una vinculación como contratista de prestación de servicios, condición que no le permite obtener el pago de salarios, ni prestaciones sociales, sino de los honorarios pactados en el contrato correspondiente.

10.- Como la parte actora pretende que por razones de temporalidad y por la naturaleza de los servicios prestados, Luis F. Muñoz tenía derecho al pago de prestaciones sociales, en virtud de que su vinculación excedió en tres meses, esto se predica exclusivamente de los supernumerarios, carácter que rechaza el actor.

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:

Confírmase el fallo de 19 de febrero de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, en demanda promovida por Luis Alfonso Muñoz A. y Luz Marina Imbachi.

En firme la presente providencia, DEVUELVASE al Tribunal de origen.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala, en sesión celebrada el día veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-Naturaleza Jurídica/**ESTABLECIMIENTO PUBLICO DISTRITAL/EMPLEADOS**-Clasificación/**EMPLEADO PUBLICO**

La naturaleza de la relación de trabajo entre una entidad pública y sus servidores, no la determina el acto jurídico por el cual se hace la vinculación, sino la naturaleza de la respectiva entidad y, excepcionalmente, la clase de actividades desarrolladas por la persona. En el caso presente, la demandada es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, la cual, por virtud del Acuerdo No. 105 de 1955 se constituyó como un establecimiento público del orden distrital. Por regla general, los servidores de los establecimientos públicos son considerados empleados públicos. La excepción a la anterior regla general, la constituyen los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas y aquellos cargos que, según los estatutos de los establecimientos públicos, puedan ser desempeñados por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. La regla general antes citada, tiene operancia mientras el interesado no demuestre que determinado servidor se encuentra inmerso en alguna de las mencionadas excepciones, y el Juzgador, por ministerio de la ley, presume que el vínculo tuvo origen en una relación legal y reglamentaria. El actor desempeñaba el cargo de Jefe de Departamento I de Control de Gestión, es decir, de entrada no se deduce que fuera un trabajador de la construcción y sostenimiento de obra pública, y no obra en los autos, la prueba idónea (estatutos) que demuestre que el cargo del cual fue desvinculado el demandante debía ser desempeñado por persona vinculada mediante contrato de trabajo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo-. Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D C., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 7304. Actor: Jesús Iván Cárdenas Sepúlveda.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado judicial, por el señor Jesús Iván Cárdenas Sepúlveda contra el auto de 28 de febrero de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

EL AUTO APELADO

Mediante la providencia objeto del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda por falta de jurisdicción.

Fundamentó el Tribunal la decisión mediante la exposición de las siguientes razones:

- Se pretende la nulidad del acto contenido en el oficio No. 475270 del 19 de abril de 1991 expedido por el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, mediante el cual desvinculó del servicio al actor, a partir del 22 de abril de 1991.

- En el acto impugnado, la entidad demandada informa al actor que "decide dar por terminado su contrato de trabajo".

- El libelista afirma que el actor no es trabajador oficial, sino empleado público, debido al cargo que desempeñaba -Jefe de Departamento de la División de Control'.

- Ante el Tribunal se solicitó y allegó al expediente una certificación expedida por el Subgerente Administrativo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en la cual informó que el demandante había sido vinculado a dicha entidad mediante contrato de trabajo a término indefinido y en calidad de trabajador oficial; que el último cargo por él desempeñado fue el de Jefe del Departamento de Control de Gestión, cargo que , de conformidad con los acuerdos números 6 de 1976 y 21 de 1987, debía ser desempeñado por un trabajador oficial.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

El recurrente insiste en que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es la competente para conocer del asunto, pues a su entender, el actor era empleado público, afirmación que fundamenta mediante la exposición de las siguientes razones:

- La calidad de empleado público la determina la naturaleza de la entidad en la cual el actor prestaba sus servicios.

- El demandado es un establecimiento público del orden distrital.

- Por regla general, las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, excepcionalmente trabajadores oficiales, contrario a lo que ocurre en las empresas comerciales e industriales, en las que por regla general sus empleados son trabajadores oficiales y, por excepción, son empleados públicos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El problema jurídico sometido a consideración de la Sala se contrae a dilucidar la naturaleza de la relación de trabajo que existía entre el actor y la entidad demandada.

2.- Ha expresado esta Corporación que , **la naturaleza de la relación de trabajo entre una entidad pública y sus servidores, no la determina el acto jurídico por el cual se hace la vinculación, sino la naturaleza de la respectiva entidad y, excepcionalmente, la clase de actividades desarrolladas por la persona.**

3.- En el caso presente, la demandada es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, la cual, por virtud del acuerdo No. 105 de 1955 se constituyó como un establecimiento público del orden distrital.

4.- Por regla general, los servidores de los establecimientos públicos son considerados empleados públicos. (Artículos 156 y 292 del Código de Régimen Político y Municipal)..

5.- La excepción a la anterior regla general la constituyen los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, y aquellos cargos que, según los estatutos de los establecimientos públicos, puedan ser desempeñados por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

6.- La regla general antes citada, tiene operancia, mientras el interesado no demuestre que determinado servidor se encuentra inmerso en alguna de las mencionadas excepciones, y el Juzgador, por ministerio de la ley, presume que el vínculo tuvo origen en una relación legal y reglamentaria.

7.- El actor afirma que es un empleado público, en consideración a que prestó sus servicios en un establecimiento público del orden distrital y los estatutos de la entidad no preven que el cargo por él desempeñado deba ser ejercido por una persona vinculada como trabajador oficial.

8.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda por falta de jurisdicción, en consideración a que, según la certificación expedida por la entidad demandada, el actor había sido vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido y en calidad de trabajador oficial, y porque de conformidad con los acuerdos números 6 de 1976 y 21 de 1987, el cargo de Jefe de Departamento I de Control de Gestión debe ser desempeñado por un trabajador oficial.

9.- Los Acuerdos 6 de 1976 y 21 de 1987 que sirvieron de fundamento para afirmar que el actor era trabajador oficial fueron anulados por el mismo Tribunal, mediante sentencia de 12 de febrero de 1993; estos acuerdos consideraban a la entidad demandada como empresa industrial y comercial, para efectos laborales.

10.- El actor desempeñaba el cargo de Jefe de Departamento I de Control de Gestión, es decir, de entrada no se deduce que fuera un trabajador de la construcción y sostenimiento de obra pública, y

11.-No obra en los autos, la prueba idonea (estatutos) que demuestre que el cargo del cual fue desvinculado el demandante debía ser desempeñado por persona vinculada mediante contrato de trabajo.

Por las razones que anteceden, la Sala revocará el auto apelado y, en su lugar, dispondrá la admisión de la demanda.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 28 de febrero de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual inadmitió la demanda instaurada por el señor JESUS IVAN CARDENAS SEPULVEDA.

En su lugar, se dispone:

Por reunir los requisitos formales establecidos en la ley, se admite la demanda presentada mediante apoderado judicial, por el señor **Jesús Iván Cárdenas Sepúlveda.**

En consecuencia, se dispone:

Notifíquese personalmente al Representante Legal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y al Procurador Delegado ante el Tribunal, haciéndoles entrega de copia de la demanda y sus anexos.

Fíjase el asunto en lista por el término y para los efectos previstos en el numeral 5o. del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Solicítese a la entidad demandada, el envío de los antecedentes que dieron lugar a la expedición el acto acusado.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Discutida y aprobada por la Sala, en sesión realizada el día veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Aclara Voto; *Alvaro Lecompte Luna, Luis A. Lizcano Blanco,* Conjuez; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-Naturaleza Jurídica/**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ TARIFA/CONTRATO DE TRABAJO**-Inexistencia

No obstante en ocasiones anteriores he señalado que en mi sentir algunas de las entidades distritales como la demandada en este evento, o sea la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, son verdaderas empresas industriales y comerciales por la naturaleza de su actividad y por la circunstancia de que no cobran simplemente el costo de un servicio público sino que, por el contrario, tienen establecidas tarifas comerciales, no se me escapa que el hecho de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca haya anulado los Acuerdos Nos. 6 y 21 de 1987 que decían expresamente que se entendería de esa manera para los "efectos laborales" le da una perspectiva diferente a este enfoque, bajo la cual resultaría injusto aplicar ese criterio sin que haya sido discutido siquiera por la administración distrital. Antes bien, como en el asunto *sub-júdice* no se acreditó que las funciones ejecutadas por el actor fueran de aquellas que pueden consignarse en los estatutos sociales como de las que configuran un verdadero contrato de trabajo, estimo lógica la conclusión de la providencia proferida por la Sala. Sin perjuicio, claro está, de que la nueva normatividad que viene expidiendo el Distrito Capital, o la realidad futura del proceso, muestren otro cariz o conduzcan a una conclusión distinta.

Aclaración de Voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Santafé de Bogotá, D. C., febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 7304. Actor: Jesús Iván Cárdenas Sepúlveda.

No obstante que en ocasiones anteriores he señalado que en mi sentir algunas de las entidades distritales como la demandada en este evento, o sea la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, son verdaderas empresas industriales y comerciales por la naturaleza de su actividad y por la circunstancia de que no cobran simplemente el costo de un servicio público sino que, por el contratio, tienen establecidas tarifas comerciales, no se me escapa que el hecho de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca haya anulado los Acuerdos Nos. 6 y 21 de 1987 que decían expresamente que se entendería de esa manera para los "efectos laborales", le da una perspectiva diferente a este enfoque, bajo la cual resultaría injusto aplicar ese criterio sin que haya sido discutido siquiera por la administración distrital. Antes bien, como en el asunto sub-júdice no se acreditó que las funciones ejecutadas por el actor fueran de aquellas que pueden consignarse en los estatutos sociales como de las que configuran un verdadero contrato de trabajo, estimo lógica la conclusión de la providencia proferida por la Sala. Sin perjuicio, claro está, de que la nueva normatividad que viene expidiendo el Distrito Capital o la realidad futura del proceso muestren otro cariz o conduzcan a una conclusión distinta.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

ABOGADO AUXILIAR DEL CONSEJO DE ESTADO-Requisitos/**CONFIRMACION**

Los requisitos para ocupar el cargo de Magistrado de Tribunal Superior contemplados en el artículo 155 de la Constitución de 1886 desaparecieron con la Reforma Constitucional de 1991, dado que la nueva Constitución no los señaló. Lo hizo el Consejo Superior de la Judicatura invocando las facultades que le confieren los artículos 256 y 257 de la Constitución Política y el artículo 4o. del Decreto 2652 de 1991, al expedir el Acuerdo 87 de 23 de noviembre de 1993, el cual se encuentra vigente. En el artículo 6o. de este acuerdo se señalan como requisitos generales para el desempeño de cargos de Magistrado del Tribunal y Juez de la República, los siguientes: Ser ciudadano en ejercicio, haber obtenido título de abogado, por lo menos con dos (2) años de participación a la fecha de ingreso al cargo de funcionario en la Rama Judicial. Y el artículo 7o. menciona como requisito adicional para el cargo de Magistrado de Tribunal tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho (8) años, agregando en el parágrafo primero que esa experiencia debe ser adquirida con posterioridad a la obtención del título de abogado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).-

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. C-140. Confirmación. Actor: Noel Marulanda Posso.

El Doctor Noel Marulanda Posso, mediante escrito presentado en la Secretaría General del Consejo de Estado, solicita su confirmación para ocupar el cargo de Abogado Auxiliar adscrito al despacho del Doctor Diego Younes Moreno, para el cual fue nombrado mediante Decreto 03 de enero de 1994.

Es necesario precisar ante todo, cuáles son las calidades y requisitos exigidos para ocupar dicho cargo.

Desde cuando fue creado por el artículo 72 de la Ley 2a. de 1984, se exigieron los mismos requisitos necesarios para ejercer el cargo de Magistrado de Tribunal de Distrito Judicial, los cuales estaban señalados en el artículo 155 de la Constitución Política de 1886.

El artículo 1o. del Decreto-Ley 2280 de 1989 dictado en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 30 de 1987, le dio a estos cargos la denominación de "Abogados Auxiliares" en el Consejo de Estado, y en el artículo 2o. ordenó también que deberían acreditar las mismas calidades y requisitos exigidos para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Estas normas que tienen rango legislativo conservan su vigencia mientras no sean derogadas, expresa o tácitamente, por otras de igual o superior categoría.

Ahora bien, los requisitos para ocupar el cargo de Magistrado de Tribunal Superior contemplados en el artículo 155 de la Constitución de 1886 desaparecieron con la reforma constitucional de 1991, dado que la nueva Constitución no los señaló. Lo hizo el Consejo Superior de la Judicatura invocando las facultades que le confieren los artículos 256 y 257 de la Constitución Política y el artículo 4o. del Decreto 2652 de 1991, al expedir el Acuerdo 87 de 23 de noviembre de 1993, el cual se encuentra vigente.

En el artículo 6o. de este acuerdo se señalan como requisitos generales para el desempeño de cargos de Magistrado de Tribunal y Juez de la República, los siguientes:

- Ser ciudadano en ejercicio.

- Haber obtenido título de abogado, por lo menos con dos (2) años de anticipación a la fecha de ingreso al cargo de funcionario en la Rama Judicial.

Y el artículo 7o. menciona como requisito adicional para el cargo de Magistrado de Tribunal, tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho (8) años, agregando en el parágrafo primero que esa experiencia deberá ser adquirida con posterioridad a la obtención del título de abogado.

Estos son entonces, en el momento actual, los requisitos que deben reunir los abogados auxiliares del Consejo de Estado para ocupar dicho cargo.

El Doctor Noel Marulanda Posso acredita:

- Con el certificado expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil , que es ciudadano en ejercicio, puesto que su C.C. No. 6.056.604 de Cali, se encuentra vigente.(Folio 4).

- Que por Acuerdo No. 9 de marzo 30 de 1970 expedido por el Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, fue inscrito como Abogado egresado de la Universidad Libre de Colombia.

- Mediante certificaciones expedidas por el Director de Personal de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en liquidación, demuestra haber desempeñado funciones de asesoría jurídica por más de diez (10) años, desde 1979, y actualmente trabaja como Abogado Auxiliar de la Sección Quinta del Consejo de Estado, cargo que desempeñó desde el 13 de marzo de 1991.

- Allegó también constancias sobre inexistencia de antecedentes disciplinarios, expedidas por la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y por la Procuraduría General de la Nación.

- Certificado Judicial y de Policía No. 1408663, refrendado el 7 de enero de 1994.

- Manifestación hecha bajo la gravedad de juramento, según la cual, no se encuentra dentro de ninguna de las causales de inhabilidad ni tiene impedimento alguno para el desempeño del cargo.

De lo anterior se deduce que el Doctor Noel Marulanda Posso reúne los requisitos que el Acuerdo No. 87 de 23 de noviembre de 1993 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura exige para ser Magistrado de Tribunal y, por tanto, debe ser confirmado su nombramiento como Abogado Auxiliar en el Consejo de Estado.

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

RESUELVE:

Confirmar el nombramiento del Doctor Noel Marulanda Posso como Abogado Auxiliar adscrito al Despacho del Doctor Diego Younes Moreno.

Antes de tomar posesión, el Doctor Noel Marulanda Posso deberá presentar declaración de sus bienes, de conformidad con el inciso 3o. del artículo 122 de la Constitución Política.

Comuníquese al interesado y a la Presidencia del Consejo de Estado para los efectos legales.

Aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CARRERA JUDICIAL/EMPLEADO JUDICIAL/CALIFICACION DE SERVICIOS/ACTO DE TRAMITE

Cuando se trata, como en el caso *sub-júdice,* de calificaciones insatisfactorias de empleados inscritos en la "carrera", éstas no son más que actos de mero trámite, cuya culminación sería la desvinculación del empleado mediante acto definitivo que pondría fin a la actuación administrativa, concluyéndose, por ende, que las calificaciones insatisfactorias, cuya nulidad se pretende con la demanda, no pueden ser objeto de examen o decisión judicial, debiéndose declarar la inhibitoria para fallar sobre el fondo de las pretensiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).-

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4409. Actor: Carlos Omar del Valle Quintana.

Carlos Omar del Valle Quintana, actuando por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, y previo el trámite del proceso ordinario contemplado en los artículos 206 y ss. del mismo estatuto, solicita de esta jurisdicción se hagan las siguientes o parecidas declaraciones:

"1.- Es nula la resolución No. 008 de febrero 24 de 1989 por medio de la cual la señora Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N) califica al señor Carlos Omar del Valle Quintana "en su condición de Escribiente, grado 4 de este Juzgado" con dos (2).

2.- Es nula la resolución 010 de marzo 1o. de 1989, por medio de la cual la señora Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N) determina "no reponer, menos modificar", la resolución No. 008 de 24 de febrero de 1989, mediante la cual se calificó a un empleado del Juzgado en los servicios prestados con referencia al rendimiento, dedicación al trabajo y conducta".

3.- Es nula la resolución No. 016 de mayo 22 de 1989, por medio de la cual la señora Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N) califica al señor Carlos Omar del Valle Quintana "en su condición de Escribiente, Grado 4, de este Juzgado" con 30 puntos en el factor rendimiento en el trabajo, 10 en dedicación al trabajo y 11 en conducta.

4.- Por consecuencia de la nulidad de las resoluciones mencioanadas, califícase (sic) a Carlos Omar del Valle Quintana, escribiente, grado cuarto, del Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo (N), de conformidad con el Decreto 52 de 1987 y el Acuerdo No. 14 de abril 20 de 1988 del Consejo Superior de la Administraciòn de Justicia, de la siguiente manera:

A) Rendimiento en el trabajo con 40 puntos.

B) Conducta con 40 puntos.

C) Dedicación al trabajo con 40 puntos.

Como fundamento de las anteriores pretensiones expuso los siguientes hechos:

"1.- Mi poderdante, el señor Carlos Omar del Valle Quintana, se vinculó a la administración de justicia hace más de veinte años y ha desempeñado diversos cargos. Actualmente ejerce las funciones de escribiente en el Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo (N) y está ubicado en el grado 4.

2.- La señora Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N) ha encomendado a Carlos Omar del Valle Quintana el trámite de los negocios civiles, y la verdad es que éste lo hace de la mejor manera, como la misma funcionaria lo reconoce en el texto de las resoluciones impugnadas.

3.- Mediante resolución No. 0011 de marzo 6 de 1989, la señora Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N) sanciona a mi poderdante "con multa por tres (3) días de sueldo", porque "el escándalo protagonizado por el susodicho empleado dentro y fuera del Juzgado, tan sólo es comparable, jamás a un empleado público, sino a sujetos rufianes, malandrines, en contubernio, a pendencieros y desquiciados (sic), huérfanos de toda ética, como energúmenos en trance de manicomio".

4.- Mediante el escrito presentado el 10 de marzo de 1989 ante el Secretario del Juzgado Promiscuo de El Tambo (N), mi poderdante recusa a la Doctora Rubiela Jaramillo López y le solicita declararse impedida para resolver situaciones relacionadas con el cargo que desempeña en el mismo Juzgado, con fundamento en la enemistad que ella ha demostrado y en las sanciones injustas e ilegales que le ha inflingido.

5.- La señora Juez Promiscuo de El Tambo (N) no se declaró impedida y decidió enviar la documentación al Consejo Seccional de la Carrera Judicial, y no al superior, Tribunal Superior de Pasto, como lo ordena el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

6.- No obstante haber demostrado la doctora Rubiela Jaramillo López, Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N), enemistad para con Carlos Omar del Valle Quintana, calificó sus servicios en dos oportunidades: mediante resolución No. 008 de febrero 24 de 1989 y mediante resolución No. 0016 de mayo 22 del mismo año; la última se produce después de la recusación y en ambas el resultado es insatisfactorio.

7.- Según los artículos 51 del Decreto 57 de 1987 y 8 del Acuerdo No. 14 de abril 20 de 1988 del Consejo Superior de la Administración de Justicia, dos calificaciones insatisfactorias consecutivas para empleados dan lugar a la insubsistencia. De modo que la doctora Rubiela Jaramillo López, Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N) no persigue sino la insubsistencia de mi poderdante al calificarlo de esa manera.

8.- La calificación que ha realizado la doctora Rubiela Jaramillo López, de fecha febrero 24 de 1989, es extemporánea pues el Acuerdo 14 de abril 20 de 1988 del Consejo Superior de Administración de Justicia dispone que las calificaciones deben hacerse durante los meses de abril y mayo.

9.- Las calificaciones que contienen las resoluciones que estoy impugnando se producen sin competencia subjetiva de parte de la doctora Rubiela Jaramillo López, Juez Promiscuo Municipal de El Tambo (N), por haber demostrado enemistad para Carlos Omar del Valle Quintana, y haber sido recusada.

10.- Las mismas calificaciones obedecen a la falsa motivación de las resoluciones demandadas porque no se fundan en el trabajo que desarrollo Carlos Omar del Valle Quintana en el Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo (N), ni en su conducta, ni en su dedicación al trabajo, ni tienen en cuenta su hoja de vida.

11.- Carlos Omar del Valle Quintana depende económicamente del sueldo que devenga en la rama jurisdiccional, pues carece de bienes y de otros ingresos; por lo tanto, su desvinculación del cargo le causa perjuicios de orden material y moral, y contribuye a la desprotección de su familia".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estima el actor que los actos acusados violaron los artículos 2, 17 y 20 de la Constitución Nacional: 1, 44, 46 y 48 del Decreto 52 de 1987; 1, 2 y 4 del Acuerdo No. 14 de 20 de abril de 1988 del Consejo Superior de la Administración de Justicia.

El concepto de la violación aparece expuesto a folios 42 a 46 del cuaderno principal.

DEL CONCEPTO FISCAL DEL CONSEJO

Al descorrer el traslado de rigor, la Fiscal Quinto de la Corporación expuso:

Se impugnan las resoluciones mediante las cuales la juez calificó los servicios del demandante, su subalterno. Estas calificaciones las imponen los artículos 44 y ss. del Decreto 52 de 1987 para verificar el derecho que pueda tener o no el empleado a seguir gozando de la garantía de estabilidad relativa que le brinda el escalafonamiento en la carrera judicial. La competencia funcional que asistía a (sic) la juez calificadora para producir las resoluciones acusadas es incuestionable; lo que ocurrió fue que el calificado recusó a la juez, por considerar que tenía animadversión por el primero, pero se formuló la recusación cuando ya se había producido la resolución acusatoria.

Por ello, la recusación debía ser desestimada y si, con respecto a la juez, realmente existía una causal de impedimento; de ser probada, ello se traduciría sólo en falta disciplinaria, pues contra la protestada decisión sólo cabía el recurso de reposición a términos del artículo 52 en armonía con el artículo 36 del Decreto 52 de 1987, recurso que, en efecto, interpuso, habiéndose confirmado el acto impugnado por resolución No. 11 de 1989. Al interponer el recurso de reposición la actora, en rigor de derecho, desistió de la recusación a términos del artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, inciso 2o., pues hizo gestión en el proceso de calificación después de haber sido asumido su conocimiento por el Juez recusado. Así las cosas, no deben considerarse irregularmente expedidos los actos acusados y, en cuanto a la desviación de poder, se tiene que ella no fue idóneamente probada acreditando tener las buenas cualidades y calidades que la juez calificadora le negó al calificado. Claro que a la primera se "le fue la mano" en la adjetivación adversa al segundo, pero ese exceso es también falta disciplinaria por violación de la cortesía forense consagrada en el numeral 2o. del artículo 161 del Decreto 1660 de 1978.

Por lo discurrido, esta agenda fiscal considera que deben negarse las súplicas de la demanda.

No encontrándose causas de nulidad que puedan viciar la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

Se solicita, pues, en la demanda la nulidad de las resoluciones números 008 del 24 de febrero, 010 del 1o. de marzo y 016 de mayo 22, todas del año 1989, emanadas del Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo (N).

Mediante esas resoluciones, que son actos administrativos, la titular del despacho calificó insatisfactoriamente al aquí actor. Se duele éste de que el fin perseguido por la juez con estas calificaciones adversas no es otro que, en el futuro, declararlo insubsistente.

Ahora bien, según las voces de los artículos 44 del Decreto 052 de 1987 y 1o. del Acuerdo No. 14 de 1988, que desarollan el principio general contenido en el artículo 1o. del Decreto 052 antes mencionado, la calificación de servicios de los empleados y funcionarios tiene por fin:

"A) Determinar el ingreso, permanencia o retiro del servicio y del escalafón de la carrera;

B) Determinar su participación en los cursos y concursos de ascensos;

C) Promover su participación en los programas de capacitación;

D) El otorgamiento de becas y estímulos".

A su vez, el artículo 51 del Decreto 052 citado establece que: "una calificación insatisfactoria dará lugar a la suspensión en el escalafón por el término de un año con pérdida de las prerrogativas del mismo, salvo la capacitación.

Dos calificaciones insatisfactorias darán lugar a la insubsistencia, tratándose de empleados, y si se tratare de funcionarios no será reelegido".

De la lectura del artículo anterior infiere la Sala que cuando se trata,como en el caso sub-júdice, de calificaciones insatisfactorias de empleados inscritos en la "carrera", éstas no son más que actos de mero trámite cuya culminación sería la desvinculación del empleado mediante acto definitivo que pondría fin a la actuación administrativa, concluyéndose, por ende, que las calificaciones insatisfactorias cuya nulidad se pretende con la demanda no pueden ser objeto de examen o decisión judicial, debiéndose aclarar la inhibitoria para fallar sobre el fondo de las pretensiones.

Sobre este tópico, en asunto similar, esta Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 1o. de agosto de 1990 dijo:

"Para la Sala es claro que la eventualidad que caracteriza a estos últimos fines, la despoja de la posibilidad de tener relevancia jurídica para determinar, con base en ellos, si la calificación de servicios es un acto de trámite o definitivo, ya que una de las características de los actos de trámite o preparatorios es el hacer parte de una secuencia que debe culminar con la expedición del acto definitivo, so pena de quedar trunca la actuación administrativa".

Ahora bien, respecto a los fines que conforman el primer grupo, deben analizarse los efectos de la calificación de servicios, según se trate de un funcionario o empleado de la rama en período de prueba o escalafonado en la carrera judicial, así:

A) Funcionario o Empleado en período de prueba.

Si las calificaciones del servicio son satisfactorias, la actuación culmina con su nombramiento en propiedad (artículo 34, Decreto 052 de 1987) de donde se infiere que las calificaciones de servicios son actos de trámite.

Si las calificaciones del servicio son insatisfactorias, la actuación culmina con la declaratoria de insubsistencia motivada (artículo 35 *ibídem*), lo cual conduce a igual conclusión: que los actos son de trámite.

B) Funcionario o Empleado escalafonado.

Si la calificación de servicio es satisfactoria, la persona continúa en el servicio y en el escalafón, sin necesidad de acto que así lo disponga; luego en este caso, el acto es definitivo.

Si una calificación es insatisfactoria, da lugar a la suspensión en el escalafón por el término de un año, con pérdida de las prerrogativas del mismo, suspensión que es decretada por la Dirección Nacional de la Carrera Judicial, según el Acuerdo 029 de 1989 proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia; tal circunstancia hace que en este caso la calificación del servicio sea un acto de trámite(artículo 51, inciso primero, *ibídem*).

La segunda calificación insatisfactoria, **tratándose de empleado**, da lugar a la insubsistencia en el nombramiento, luego el acto es de trámite; pero tratándose de funcionario no será reelegido, de donde se deduce que la calificación es un acto definitivo (inciso segundo, *ibídem*).

Entonces, en el presente asunto, como la calificación que se impugna es insatisfactoria y se trata de empleado, con base en lo anterior se concluye que el acto que contiene es de trámite, que debe culminar con el acto de insubsistencia o de suspensión en el escalafón por el término de un año, según el empleado se encuentre en período de prueba o escalafonado, y se trate de la primera o segunda calificación insatisfactoria.

En 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 fallar en el fondo las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE A LOS INTERESADOS Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE, UNA VEZ EN FIRME ESTE PROVEIDO. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO ADMINISTRATIVO-Definición/**PRESUNCION DE LEGALIDAD/ PRESUNCION DE VALIDEZ/ PRESUNCION DE JUSTICIA/PRESUNCION DE LEGITIMIDAD/EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad" que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia", y "presunción de legitimidad". Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad.

PRESUNCION DE LEGALIDAD/PRESUNCION IURIS TANTUM/ACTO ADMINISTRATIVO-Causales de Nulidad/**ACTO REGLADO/PODER DISCIPLINARIO/SERVIDOR PUBLICO**

La presunción de legalidad es *iuris tantum.* Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviende en nulo, lo que sube de punto cuando se está frente a un acto clasificado como "reglado", es

decir, de aquellos en que para su dictación el órgano emisor debe ceñirse de manera estricta a las disposiciones sobre la materia. Así ocurre, entre otros, con los actos resultantes de la actuación disciplinaria que la administración adelante en contra de un servidor estatal.

PODER DISCIPLINARIO/PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA/EMPLEADO PUBLICO/COMPETENCIA PREVALENTE/ INVESTIGACION DISCIPLINARIA-Terminada/**NOMINADOR**

El "poder disciplinario" se expresa en colombia, en cuanto atañe a la competencia, es decir, en cuanto hace a la facultad de que dispone la autoridad pública para la emisión del acto, bien por el organismo a que pertenece el empleado público, bien por la Procuraduría General de la Nación. Tanto bajo la égida de la antigua Carta Política (artículos 145, ordinales 1o. y 3o.) como bajo la actualmente vigente de 1991 (art. 278 ord. 1o.) la función disciplinaria de la Procuraduría es de suyo prevalente, es decir, tiene mayor relievancia que la que ejercen los respectivos organismos de la administración activa donde labore el empleado público, pues como lo decía el artículo 23 de la Ley 25 de 1974 en desarrollo de la norma constitucional, cuando la Procuraduría General de la Nación avoca el conocimiento de una investigación disciplinaria que adelante el organismo nominador, asume la competencia para continuarla y desplaza a este último, el que pierde el conocimiento -y, por tanto, la competencia-, por lo que debe suspender el diligenciamiento a seguir y debe remitir lo que haya adelantado en el estado en que se encuentre a la Procuraduría. Obsérvese que el mencionado artículo 23 de la Ley 25 de 1974, disposición citada en la demanda como apoyo legal de sus pretensiones y acogida por el *a-quo* para fundamentar su fallo se refiere a la investigación; es ésta la que debe suspenderse y remitirse a la Procuraduría en el estado o situación en que se encuentre, de tal suerte que si la investigación se halla ya concluída, y así lo da a conocer el organismo a la Procuraduría, la competencia no queda desplazada, de manera que la autoridad del caso pueda rematar el proceso disciplinario con la dictación de la providencia respectiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) dee febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 6264. Decretos del Gobierno. Actor: Blas Hernández Olascoaga.

Corresponde a esta Sección decidir acerca de la consulta dispuesta por el Tribunal Administrativo de Bolívar, acorde con lo preceptuado por el artículo 184 y 2893 de 27

de noviembre del mismo año, expedidos por el Presidente de la República y su Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por los cuales se destituyó al aquí demandante del cargo de jefe de seccion 2075, grado 02 de la Sección de Relaciones Colectivas e Individuales de Trabajo, de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Bolívar, con sede en Cartagena; se ordenó la reincorporación del actor a dicho cargo y se condenó a la Nación a pagarse los sueldos y prestaciones sociales causados desde el día 21 de febrero de 1984.

Se han cumplido las etapas procesales atinentes al grado de consulta; las partes guardaron silencio ante el traslado que oportunamente se les dio por auto de quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) (Folio 101, cuaderno principal); el señor agente del Ministerio Público ante el Estrado rindió su concepto, solicitando la confirmación del proveído objeto de la consulta, arguyendo, acorde con lo expuesto por el *a-quo,* que para la fecha de expedición del primer acto acusado -13 de abril de 1984- la Presidencia de la República y el Ministerio de Trabajo habían perdido la competencia para producirlo, pues al tenor del artículo 23 de la Ley 25 de 1974, vigente para la época, una vez que la Procuraduría General de la Nación tenga conocimiento del adelantamiento de un proceso disciplinario seguido por la administración en contra de un funcionario público, "si resolviere adelantarla, la comunicará así a los mencionados funcionarios, con el fin de que suspendan el diligenciamiento y se remitan las diligencias en el estado en que se encuentren". Y como aparece demostrado que la Procuraduría avocó el conocimiento de dichas diligencias, haciéndoselo saber a la administración y ordenando su suspensión con fecha del 6 de abril de 1984, recibida por la entidad demandada ese mismo día, es claro para la agencia del Ministerio Público que la actuación surtida con posterioridad a esa fecha, adolece de nulidad por incompetencia, debiéndose concluir en la forma como lo hizo el Tribunal.

Como no se observa defecto que incida en lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

1.- Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública, con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad" que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia" y "presunción de legitimidad". Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad.

2.- La presunción de legalidad es iuris tantum. Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no

responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviende en nulo, lo que sube de punto cuando se está frente a un acto clasificado como "reglado", es decir, de aquellos en que para su dictación, el órgano emisor debe ceñirse de manera estricta a las disposiciones sobre la materia. Así ocurre, entre otros, con los actos resultantes de la actuación disciplinaria que la administración adelante en contra de un servidor estatal.

3.- El "poder disciplinario" se expresa en Colombia, en cuanto atañe a la competencia, es decir, en cuanto hace a la facultad de que dispone la autoridad pública para la emisión del acto, bien por el organismo a que pertenece el empleado público, bien por la Procuraduría General de la Nación.

Tanto bajo la égida de la antigua Carta Política (artículos 145, ordinales 1o. y 3o.) como bajo la actualmente vigente de 1991 (artículo 278, ordinal 1o.), la función disciplinaria de la Procuraduría es de suyo prevalente, es decir, tiene mayor relievancia que la que ejercen los respectivos organismos de la administración activa donde labore el empleado público, pues como lo decía el artículo 23 de la Ley 25 de 1974 en desarrollo de la norma constitucional, cuando la Procuraduría General de la Nación avoca el conocimiento de una investigación disciplinaria que adelante el organismo nominador, asume la competencia para continuarle y desplaza a este último, el que pierde el conocimiento -y, por tanto, la competencia-, por lo que debe suspender el diligenciamiento a seguir y debe remitir lo que haya adelantado en el estado en que se encuentre, a la Procuraduría.

Obsérvese que el mencionado artículo 23 de la Ley 25 de 1974, disposición citada en la demanda como apoyo legal de sus pretensiones y acogida por el *a-quo* para fundamentar su fallo, se refiere a la investigación. Es esta la que debe suspenderse y remitirse a la Procuraduría en el estado o situación en que se encuentre. De tal suerte que si la investigación se halla ya concluída y así lo da a conocer el organismo a la Procuraduría, la competencia no queda desplazada, de manera que la autoridad del caso pueda rematar el proceso disciplinario con la dictación de la providencia respectiva.

4.- Ahora bien, en el evento que aquí se estudia, está demostrado que cuando el oficio No. 704 de 6 de abril de 1974, la Procuraduría -la cual, en su oportunidad, fue avisada- comunicó al Ministerio de Trabajo que había asumido el adelantamiento de la investigación disciplinaria contra Hernández Olascoaga, la investigación se encontraba concluída; ese oficio fue recibido en esa misma fecha.

En efecto, como se lee en el anexo 2 (folios 137 y ss.), desde el 3 de abril, habiendo concluído la instrucción, se remitió la misma a quien correspondía, o sea a la comisión de personal del Ministerio y sólo faltaba la dictación del decreto por parte del Presidente de la República; de allí que la veedora administrativa del Ministerio oficiase al Procurador Tercero Regional de Bogotá (folio 139), en el sentido de que "el disciplinario que usted solicita se encuentra ya concluido, conforme al trámite señalado en el Decreto 1950 de 1973. En tan virtud, considero que no puede suspenderse una

tramitación que ya está concluída, y en soporte jurídico de la norma que usted invoca en su solicitud es el de que no haya dualidad de investigaciones por unos mismos hechos y contra unos mismos inculpados. Hasta este momento la Veeduría no ha tenido conocimiento de que la Procuraduría General de la Nación o la Procuraduría Regional de Cartagena hayan adelantado investigación contra el funcionario Blas Hernández Olascoaba".

De esa suerte, el mismo día 13 de abril fue expedido el acto hoy impugnado por el Presidente de la República.

No asistió, pues, razón al Tribunal de Bolívar en sentenciar en la forma en que lo hizo, y de allí que haya de revocarse su fallo y denegar las peticiones de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por el cual se accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Blas Hernández Olascoaga, mediante apoderado y, en su lugar, deniéganse las peticiones de la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN, Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión del día 11 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, *Secretaria.*

ORQUESTA SINFONICA DE COLOMBIA/MUSICOS/EMPLEADO OFICIAL/CONTRATO DE TRABAJO/JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA/COLCULTURA/ESTATUTOS

No solamente las personas que prestan sus servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadoras oficiales vinculadas por un contrato de trabajo, como única excepción a la regla general, puesto que el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 consagra para el caso de los establecimientos públicos, otras posibilidades por disposición estatutaria para establecer excepciones, a esa regla general, al contemplar el Decreto 2616 de 2 de diciembre de 1975, mediante el cual se aprobó la modificación de los estatutos del Instituto Colombiano de Cultura "COLCULTURA", en el capítulo VI, artículo 37, que podrán vincularse mediante contrato de trabajo los músicos de la Orquesta Sinfónica de Colombia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 8444. Actora: Ligia Maritza Vargas Reyes.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 12 de febrero de 1993 proferido por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" (folio 75), mediante el cual se inadmitió la demanda al considerarse que según certificado expedido por la División de Personal del Instituto Colombiano de Cultura "COLCULTURA" (folio 73), en donde laboraba la demandante, ésta estaba vinculada por un contrato de trabajo, puesto que en el cargo que desempeñaba, cual era el de Músico "A" no Instrumentista Musicóloga de la Orquesta Sinfónica de Colombia, se encuentra clasificado dentro de las señaladas en el literal a) del artículo 37 del Decreto 2616 de 2 de diciembre de 1975 que dice: "Todas las personas que prestan sus servicios al Instituto son empleados públicos y, por lo tanto, están sometidos al régimen legal vigente para los mismos. No obstante lo anterior, conforme al artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñen las siguientes actividades:

a) Músicos de la Orquesta Sinfónica de Colombia".

Así, concluye el Tribunal, que al encontrarse la demandante comprendida dentro de las excepciones de que habla la normatividad transcrita, quiere ello decir, que se trata de una trabajadora oficial y, por lo mismo, se carece de jurisdición para conocer de la demanda, ya que según el ordinal 6o. del artículo 131 del C. C. A., los Tribunales Administrativos conocen de los procesos de carácter laboral de restablecimiento del derecho que no provengan de un contrato de trabajo.

En el escrito de sustentación del recurso manifiesta el apoderado recurrente, que siendo COLCULTURA un establecimiento público del orden nacional, opera legalmente la presunción, según la cual las personas que presten sus servicios en él son empleados públicos, y tan sólo por vía exceptiva tendrán la calidad de trabajadores oficiales las personas que laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Y, por último, que no comparte la tesis según la cual, mediante un Decreto se pueda preceptuar que conforme al artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 quepan dentro de la excepción, cual es la de laborar en la construcción y sostenimiento de obras públicas, los músicos de la Orquesta Sinfónica de Colombia, cuando es evidente que estos no prestan sus servicios en tales obras que es la única excepción que contempla la norma para tener la condición de trabajador oficial y, por lo tanto, el Decreto 2616 es ostensiblemente violatorio de la ley.

SE CONSIDERA

Es cierto que el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 establece que las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos, y las personas que prestan sus servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales, pero, también es cierto, que de conformidad con la misma norma, en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Así que no solamente las personas que prestan sus servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales vinculadas por un contrato de trabajo, como única excepción a la regla general que consagra la norma en comentario, puesto que el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 consagra para el caso de los establecimientos públicos, otras posibilidades por disposición estatutaria para establecer excepciones, a esa regla general, al contemplar el Decreto 2616 de 2 de diciembre de 1975, mediante el cual se aprobó la modificación de los estatutos del Instituto Colombiano de Cultura "COLCULTURA", en el capítulo VI, artículo 37, que podrán vincularse mediante contrato de trabajo los músicos de la Orquesta Sinfónica de Colombia.(Folio 32).

Hecho el anterior análisis se concluye que el recurso de apelación no puede tener vocación de prosperidad y se confirmará, por lo consiguiente, el auto apelado.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE:

1.- Confírmase el auto apelado de 12 de febrero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C".

2.- En firme esta providencia, devuélvase el asunto a dicho Tribunal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora (aclara voto), *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ORQUESTA SINFONICA DE COLOMBIA/MUSICO/CONTRATO DE TRABAJO-Inexistencia/(Aclaración de Voto)

En estas materiaas son aplicables los criterios señalados en la Ley 6a. de 1945 y en el artículo 4o. de su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, en el sentido de que es dable catalogar como regidas por un contrato de trabajo las actividades en las que el Estado se comporta -enfrente de sus servidores-, como los empleadores particulares, o que son susceptibles de ser manejadas como las de éstos. Esta interpretación amplia resulta más coherente con la materia, puesto que sería absurdo que labores como las desempeñadas por la actora, integrante de una orquesta sinfónica, en su condición de música, se catalogaran como constitutivas de una relación legal, reglamentaria o de derecho público.

Aclaración de Voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Radicación No. 8444. Actora: Ligia Maritza Vargas Reyes.

Aunque compartí lo resuelto en este asunto, considero conveniente agregar a lo dicho en el auto respectivo, que en estas materias son aplicables los criterios señalados en la Ley 6a. de 1945 y en el artículo 4o. de su Decreto Reglamentario No. 2127 del mismo año, en el sentido de que es dable catalogar como regidas por un contrato de trabajo las actividades en las que el Estado se comporta -enfrente de sus servidores-, como los empleadores particulares, o que son susceptibles de ser manejadas como las de éstos.

Esta interpretación amplia resulta más coherente con la materia, puesto que sería absurdo que labores como las desempeñadas por la actora (integrante de una Orquesta Sinfónica, en su condición de música), se catalogarán como constitutivas de una relación legal, reglamentaria o de derecho público.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

DERECHO DE ASOCIACION/SINDICATOS/DERECHO COLECTIVO/ TRABAJADORES PARTICULARES/TRABAJADORES DEL SECTOR PUBLICO-Limitaciones

El derecho de asociación sindical tenía en la Carta Política del 86 un origen indirecto y tácito, pero indiscutible en el canon 44, y no sobra agregar que en la del 91 está expresamente contemplado en el artículo 39. De otro lado, el artículo 3o. de. C.S.T. es claro en afirmar que dicho estatuto regula, en su parte colectiva, tanto las relaciones de los trabajadores del sector privado como las de los del sector público, aunque con las limitaciones del caso para los empleados públicos.

DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL-Protección/**DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL**-Ejercicio/**SANCIONES ADMINISTRATIVAS/ SANCIONES PENALES**

Los artículos 12 y 353 del Código Sustantivo del Trabajo consagran la obligación del Estado Colombiano en el sentido de garantizar el ejercicio del derecho de asociación sindical y establecen sanciones drásticas, administrativas y penales para quienes atenten contra el mismo.

SINDICATOS-Representación/**DIRECTIVO SINDICAL/PERMISO SINDICAL**

No puede concebirse el ejercicio del derecho de asociación sindical sin una vinculación directa con la existencia de líderes o directivos que requieren instrumentos adecuados para su labor de defensa y representación de los asociados. Tan cierto es ello que el artículo 39 de

la Carta de 1991,ya citado, dice que: "se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión". Y entre esas garantías se encuentran precisamente los llamados "permisos sindicales".

PERMISOS SINDICALES-Definición**/DIRECTIVO SINDICAL/HORARIO DE TRABAJO**

PERMISOS SINDICALES. Esta institución tiene que ver con los actos de representación y asesoría de sus compañeros de trabajo que debe ejecutar un directivo sindical ante la empresa oficial, en la cual presta sus servicios, y ante terceros, bien que se trate de otras entidades u organismos oficiales, ora que sean de naturaleza particular. Esas gestiones y diligencias, para que sean eficaces y efectivas, en muchas ocasiones tienen que efectuarse en horas de despacho público, hábiles por lo general.

PERMISOS LABORALES/DERECHO INDIVIDUAL/LICENCIAS/COMISIONES/EMPLEADO DEL SECTOR PUBLICO

Los permisos sindicales dicen relación con el sindicato y sus afiliados, en tanto que los previstos en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, tienen que ver con el individuo que desempeña el cargo oficial; es decir, que no están instituídos en favor del individuo sino de la agremiación correspondiente. Por eso -se destaca-, son derechos colectivos y no individuales. Por ello, es lógico y razonable concluir que los permisos sindicales no pueden analizarse bajo el parámetro de las figuras que en el sector público se conocen como "licencias" o "comisiones"; por tanto, cuando los actos cuestionados hablan de "comisión especial" hay que entender que dicen relación con los "permisos sindicales" y no con esas otras instituciones, que además tienen finalidades y propósitos bien distintos.

LICENCIAS/COMISIONES-Clases**/DERECHO INDIVIDUAL/DERECHO COLECTIVO-**Inexistencia

Las previsiones del Decreto 1950 de 1973 se relacionan con licencias de servicio para adelantar estudios, para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción cuando el nombramiento recae en un empleado escalafonado en la Carrera Administrativa;y para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o de instituciones privadas.Obsérvese, pues, que son situaciones que tienen que ver con el individuo y no con el grupo o gremio al cual pertenece.

DIRECTIVO SINDICAL-Deberes/**PERMISO SINDICAL**

El directivo sindical tiene que cumplir, normal y habitualmente, las funciones propias del empleo oficial que desempeña; los permisos sindicales no lo liberan de esa obligación, aunque en ocasiones sólo deba atender su tarea de manera parcial, para poder ejercitar en forma cabal su calidad de líder o directivo sindical; lo uno no es incompatible con lo otro.

PERMISOS SINDICALES TEMPORALES/PERMISOS SINDICALES PERMANENTES-Improcedencia

Los permisos temporales o transitorios deben ajustarse al estricto cumplimiento de funciones o actividades sindicales, porque de lo contrario se afectaría injustificadamente el servicio público; por ello, es lo deseable que en el propio acto administrativo que los concede se hagan constar específicamente aquellas, a fin de evitar abusos y distorsiones que nada tengan que ver con la protección y amparo del derecho de asociación sindical. Por otra parte, la Sala quiere dejar sentado que no se ajustan a la filosofía de esta figura -en el sector público-, las prórrogas indefinidas o continuas que, sin soporte alguno, convierten esa clase de permisos en permanentes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 3840. Actora: La Nación - Contraloría General de la República.

Procede la Sala a resolver sobre la demanda que en acción de nulidad instauró la Nación - Contraloría General de la República, a través de apoderado especial, contra las resoluciones Nos. 1964 del 16 de agosto, 2057 de 23 de agosto, 2300 del 13 de septiembre y 2547 de 6 de octubre, todas de 1988, dictadas por el Director General de la Administración Postal Nacional, "por la cual se dictan algunas medidas en materia de administración de personal y del ejercicio de la actividad sindical en el Instituto"(sic).

LA DEMANDA

En el escrito respectivo (folios 31-42) plantea la entidad actora la nulidad de los actos ya mencionados y que "se declare en sentencia la prohibición de reproducir actos que hayan sido suspendidos y anulados por ese máximo organismo contencioso administrativo".

Como hechos que respaldan esas pretensiones,se afirma que la Administración Postal Nacional es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio

de Comunicaciones, que tiene a su cargo la prestación y explotación del servicio postal en los ámbitos nacional e internacional; el Director General resolvió "otorgar una comisión sindical de carácter especial a quienes siendo miembros de la actual Junta Directiva Nacional del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional, ejerzan plenamente sus funciones como tales", por diferentes términos,"con el fin de que se atienda las funciones que en su condición de Directivos Sindicales les corresponden, de acuerdo con los estatutos de esa organización"(folio 32, hecho 3). Los funcionarios de Adpostal son empleados públicos que, para lo relacionado con comisiones, se rigen por el Decreto 1950 de 1973.

Como normas violadas se invocaron el artículo 20 de la Constitución Nacional; el artículo 22 del Decreto-Ley 2400 de 1968; los artículos 75, 76 y 77 del Decreto 1950 de 1973; y el artículo 22 del Decreto 2103 de 1987. En el concepto de violación se expresó que los actos acusados quebrantan el canon constitucional mencionado porque el Director General de Adpostal no tenía competencia para "crear y otorgar la comisión especial a los miembros de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de esa entidad; se extralimitó (sic) en sus funciones, arrogándose la facultad de legislar en dicha materia" (folio 36). En cuanto a las disposiciones de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, traídas a colación, se dijo que se transgredieron porque esas normas "establecen comisiones solamente de carácter oficial, para fines que interesen directamente a la administración, expresando que éstas no podrán ser sino de servicio, pero únicamente para ejercer funciones propias del empleo en lugar diferente a la sede de trabajo, o para adelantar estudios, o en el caso de funcionarios escalafonados en Carrera Administrativa para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, y/o (sic) para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o instituciones privadas"(folio 37), Y, finalmente, en cuanto al Decreto 2103 de 1987 se sostiene que entre las funciones del Director de Adpostal "no se encuentra la de conferir comisiones a los miembros del sindicato de esa entidad"(folio 38).

Se pidió también la suspensión provisional de los actos acusados que fue decretada por la Sala Unitaria del Consejero Conductor del proceso en ese entonces, mediante auto del 25 de enero de 1989.

Contra este auto interpusieron el recurso de súplica los apoderados designados tanto por la Administración Postal Nacional (folios 54-62) como por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional "SINTRAPOSTAL" (Folios 147'153); este último planteó también la nulidad de lo actuado, la que fue negada inicialmente por providencia de la Sala Unitaria, que luego fue confirmada por la Sala de Decisión. De igual manera, la Sala de Decisión confirmó el auto que decretó la suspensión provisional mediante auto del 28 de agosto de 1991.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Quinto del Consejo rindió concepto (folios 193-202), en el que solicita que se accede a las súplicas de la demanda.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver, previas la siguientes

CONSIDERACIONES

Para la Sala es indispensable examinar el alcance de los permisos que fueron concedidos a través de los actos acusados, así:

1.- En la resolución No. 1964 del 16 de agosto se concedió una comisión especial a los miembros de la Junta Directiva del Sindicato, con una duración de veintidós (22) días contados a partir del 1o. de agosto de 1988, "con el fin de que se atiendan las funciones que en su condición de directivos sindicales les corresponden, de acuerdo con los estatutos de esa organización...".

2.- Mediante la resolución No. 2057 del 23 de agosto se prorrogó dicha comisión hasta el 31 de agosto de 1988.

3.- Con la resolución No. 2300 del 13 de septiembre se otorgó una comisión similar por treinta (30) días contados a partir del 7 de octubre de 1988.

4.- Con la resolución No. 2547 del 6 de octubre se concedió otra comisión semejante por quince (15) días contados a partir del 7de septiembre de 1988.

5.- En las cuatro (4)resoluciones mencionadas se incluyó un artículo, en virtud del cual los funcionarios que recibieron dichas comisiones debían reintegrarse a sus puestos de trabajo al término de éstas y preparar un informe "que permita adelantar la evaluación de las actividades por ellos realizadas durante el lapso de comisión".

Esto es, que la demanda se refiere a dos lapsos determinados: uno, de treinta y un (31) días; y otro, luego de un período que no quedó cobijado por ese tipo de permisos, o sea, con una solución de continuidad, de cuarenta y cinco (45) días.

Así las cosas, es menester dilucidar si las comisiones a que aluden estos actos administrativos son las comisiones o licencias que preven los artículos 22 del Decreto 2400 de 1968, y 74, 75, 76 y 77 del Decreto 1950 de 1973, como lo sostiene la entidad demandante, o si en verdad tienen una naturaleza diferente.

En efecto, es preciso destacar que el derecho de asociación sindical tenía en la Carta Política del 86 un origen indirecto y tácito pero indiscutible en el canon 44, y no sobra agregar que en la del 91 está expresamente contemplado en el artículo 39. De otro lado, el artículo 3o. del C.S.T. es claro en afirmar que dicho estatuto regula, en su parte colectiva, tanto las relaciones de los trabajadores del sector privado como del sector público, aunque con las limitaciones del caso para los empleados públicos.

Los artículos 12 y 353 de dicho código consagran la obligación del Estado Colombiano en el sentido de garantizar el ejercicio de ese derecho y establecen sanciones drásticas, administrativas y penales, para quienes atenten contra el mismo.

No puede concebirse el ejercicio del derecho de asociación sindical sin una vinculación directa con la existencia de líderes o directivos que requieren instrumentos adecuados para su labor de defensa y representación de los asociados. Tan cierto es ello, que el artículo 39 de la Carta de 1991, ya citado, dice que "se reconoce a los representantes sindicales, el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión",. y entre esas garantías se encuentran, precisamente, los llamados "permisos sindicales".

En efecto, esta Institución tiene que ver con los actos de representación y asesoría de sus compañeros de trabajo que debe ejecutar un directivo sindical ante la empresa oficial en la cual presta sus servicios y ante terceros, bien que se trate de otras entidades u organismos oficiales, ora que sean de naturaleza particular. De igual manera, debe añadirse que esas gestiones y diligencias, para que sean eficaces y efectivas, en muchas ocasiones tienen que efectuarse en horas de despacho público, hábiles por lo general.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta clase de permisos dicen relación con el sindicato y sus afiliados, en tanto que los previstos en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 tienen que ver con el individuo que desempeña el cargo oficial; es decir, que no están instituídos en favor del individuo sino de la agremiación correspondiente. Por eso, -se destaca-, son derechos colectivos y no individuales.

Es lógico y razonable concluir que los permisos sindicales no pueden analizarse bajo el parámetro de las figuras que en el sector público se conocen como "licencias" o "comisiones"; por tanto, cuando los actos cuestionados hablan de "comisión especial" hay que entender que dicen relación con los "permisos sindicales" y no con esas otras instituciones que además tienen unas finalidades y propósitos bien distintos.

Por ello le asiste razón a la Administración Postal Nacional cuando sostiene, en la parte motiva de los actos acusados, que sin la existencia y concesión de esas garantías sería difícil que las asociaciones profesionales pudieran cumplir todos sus objetivos legales y estatutarios en materia de estudio de las características de la respectiva profesión y las condiciones de trabajo de sus asociados, o asesorarlos en la defensa de sus derechos como empleados públicos, o simplemente representarlos en las actuaciones administrativas, especialmente las disciplinarias; o ante terceros, o ante el Ministerio del Trabajo, o ante otros organismos oficiales o particulares, especialmente -como se anotó- cuando deben realizarse en horas hábiles o de despacho público.

Esta temática no puede interpretarse debidamente sin recurrir a las instituciones propias del Derecho Colectivo del Trabajo.

Las previsiones del Decreto 1950 de 1973 se relacionan con licencias de servicio, para adelantar estudios, para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción cuando el nombramiento recae en un empleado escalafonado en la Carrera Administrativa, y para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o de instituciones privadas. Obsérvese, pues, que son situaciones que tienen que ver con el individuo y no con el grupo o gremio al cual pertenece.

Parece incuestionable, entonces, que los fines, propósitos y objetivos de los permisos sindicales son bien distintos de los de las licencias y comisiones a que se refieren los decretos citados.

El otorgamiento de permisos sindicales, especialmente los transitorios o temporales, no quebranta el principio constitucional, según el cual no habrá en Colombia empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento. El directivo sindical tiene que cumplir, normal y habitualmente, las funciones propias del empleo oficial que desempeña; los permisos sindicales no lo liberan de esa obligación, aunque en ocasiones sólo deba atender su tarea de manera parcial, para poder ejercitar en forma cabal su calidad de líder o directivo sindical. Lo uno no es incompatible con lo otro.

Por otra parte, debe acotarse que los estatutos sindicales, de acuerdo con la ley, generalmente preveen esta clase de instrumentos; y sería contradictoria que así lo contemplara la misma, y a la postre resultaran inválidos por la circunstancia de que no consten de manera literal en la normatividad que rige a los funcionarios o empleados públicos.

Otra cosa es que se pretendiera implantar esos permisos con el carácter de permanentes, especialmente mientras no exista norma clara y expresa al respecto.

Sobre el particular es pertinente anotar que para la Sala los actos acusados contemplan dos permisos: uno de treinta y un días (31) y otro de cuarenta y cinco (45), como ya se señaló; entre ambos hubo un espacio durante el cual no se concedió ninguno, y tampoco se demostró que posteriormente se hubiesen prolongado por encima de ese lapso.

Ahora bien, es sabido que la jurisdicción contencioso administrativa es eminentemente rogada; esto es, que su campo de acción está determinado, en gran medida, por la actividad procesal de las partes. En el evento de autos, la entidad actora concentró sus ataques contra los actos demandados en el sentido de afirmar su ilegalidad (la de los permisos sindicales) y no porque tuviesen el carácter de permanentes. Empero, como ya se ha dicho, nada obsta para que los permisos temporales puedan concederse, aún dentro del ámbito de la legislación anterior a la nueva Carta Política. Por tanto, el cargo formulado en esa dirección carece de la fuerza y profundidad indispensables para su prosperidad, pues que lo que sí puede afirmarse sin hesitación es que son lícitos y posibles.

Naturalmente, esos permisos temporales o transitorios deben ajustarse al estricto cumplimiento de funciones o actividades sindicales, porque de lo contrario, se afectaría injustificadamente el servicio público; por ello, es lo deseable que en el propio acto administrativo que los concede se hagan constar específicamente aquellas, con el fin de evitar abusos y distorsiones que nada tengan que ver con la protección y amparo del derecho de asociación sindical.

Por otra parte, la Sala quiere dejar sentado que no se ajustan a la filosofía de esta figura, -en el sector público-, las prórrogas indefinidas o continuas que, sin soporte alguno, convierten esa clase de permisos en permanentes.

De otro lado, no podría la Sala apartarse del derrotero que le señala la demanda y discutir la calificación de los permisos que se concedieron a través de los actos acusados; en primer término, porque la demandante no lo propuso así, y en segundo lugar, porque ese proceder afectaría el equilibrio procesal, cuya garantía es función primordial del juzgador.

En resumen, para la época en que fueron expedidos los actos acusados, estima la Sala que era viable conceder permisos sindicales temporales o transitorios a los empleados públicos que tuvieran la calidad de directivos sindicales, y con mayor razón con posterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda incoada por la Nación (Contraloría General de la República) contra las resoluciones Nos. 1964 de 1 16 de agosto, 2057 del 23 de agosto, 2300 del 13 de septiembre y 2547 del 6 de octubre, todas de 1988, dictadas por la Dirección General de la Administración Postal Nacional.

En concordancia con lo anterior, se deja sin efecto y, por tanto, se levanta la suspensión provisional de dichos actos decretada mediante auto de Sala Unitaria del 25 de enero de 1989, confirmado por auto del 28 de agosto de 1991 de la Sala de Decisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 27 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES PERIODICAS-Imprescriptibilidad/**MESADA PENSIONAL/ PRESCRIPCION**

Los planteamientos del *a-quo* en lo que hace con el derecho de la demandante a reclamar el reajuste de la pensión que viene disfrutando, se ajustan a derecho, toda vez que la prescripción extintiva respecto de prestaciones periódicas opera únicamente en relación con las mesadas anteriores a los tres (3) años anteriores a la fecha en que se efectuó la reclamación gubernativa, y no en cuanto al derecho pensional mismo que la jurisprudencia ha definido como imprescriptible.

REAJUSTE PENSIONAL/PRESTACIONES SOCIALES-Creación/**CONGRESO DE LA REPUBLICA**-Facultades/**EMPLEADO PUBLICO/ EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA/EMPLEADO DEPARTAMENTAL/LAUDO ARBITRAL**-Inaplicabilidad/**PRIMA DE ANTIGÜEDAD**

Como el reajuste reclamado se basa en lo estatuído en el laudo arbitral de 1965 y en el Acuerdo No. 17 de 1967 de la Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca, en lo que tiene que ver con la inclusión de la prima de antigüedad y las once doceavas partes de la prima de navidad como factor de reliquidación es incuestionable que no procede reconocerlo porque la creación de prestaciones sociales para los empleados públicos era facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la República, o del Presidente de la República en ejercicio de sus facultades extraordinarias, según el texto de la Constitución de 1886. Por tanto, no podía la Administración reconocer ese reajuste pensional en

virtud de lo acordado por un Tribunal deArbitramento, -cuyas decisiones son ajenas a los empleados públicos-, y con base en lo señalado por un estatuto (acuerdo de la Junta General) que carece de fuerza de ley. Por manera, pues, que se hace imperativo darle cabida a la excepción de inconstitucionalidad enfrente del acuerdo citado, conforme lo establecía el artículo 215 de la Carta anterior, y, por consiguiente, dejar de aplicarlo; como también de rigor dejar de hacerlo con el laudo arbitral en comento.

REAJUSTE PENSIONAL-Improcedencia/**AUXILIO DE TRANSPORTE/ FACTOR SALARIAL**-Inexistencia/**JURISDICCION ROGADA**

Aunque el auxilio de transporte fue creado por la Ley 15 de 1959, artículo 2o., lo cierto es que el propio parágrafo de éste determinó que no se computaría como factor de salario. Fue la Ley 1a. de 1963, artículo 7o., la que prescribió que se incorporaba al salario para dichos efectos; empero, esta norma no se mencionó como infringida en el libelo. Dado el carácter rogado de esta jurisdicción y la imposibilidad de aplicar el acuerdo traído a colación antes por ser contrario a mandatos constitucionales expresos, no procede reajustar la pensión de la demandante con fundamento en el valor que pudiera haber percibido durante el último año de servicios por concepto de auxilio de transporte.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8082. Autoridades Departamentales. Actora: María Eduviges Leguizamón de Benavides.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA

La señora María Eduviges Leguizamón de Benavides, en su condición de cónyuge sobreviviente del señor Carlos Alberto Benavides, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declarara la nulidad del oficio fechado el 20 de enero de 1988, suscrito por el Síndico Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión de jubilación (sustitución) con la inclusión de unos factores salariales, como son el 25% de la prima de antigüedad, de conformidad con el Acuerdo No. 17 de 1967; el 20% de la Ordenanza No. 13 de 1947 y la totalidad de la prima de navidad, y que a título de restablecimiento del derecho se le reconozcan y paguen esos reajustes, los previstos en la Ley 4a. de 1976, y también los ajustes de valor.

Los hechos fundamentales de la demanda plantean que a la actora se le reconoció una sustitución de la pensión mensual y vitalicia de jubilación que disfrutaba su difunto esposo, para cuya liquidación no se tuvo en cuenta el 20% del salario como prima de antigüedad (Acuerdo No. 17 de 1967, artículo 14); y únicamente se le incluyó una doceava parte de la prima de navidad, cuando según el artículo 9o. del Laudo Arbitral del 11 de mayo de 1985 debía incluírsele el total del valor de dicha prima.

LA SENTENCIA

El *a-quo* denegó las pretensiones de la demanda. Para ello consideró que no era dable el reconocimiento de la prima de antigüedad, por cuanto la prima regulada por el artículo 14 del Acuerdo No. 17 de 1967 es la misma que se establece en la Ordenanza No. 13 de 1947, que sí fue tenida en cuenta para esos efectos; de igual manera, porque del artículo 16 de este acuerdo se desprende que el valor de la pensión equivale al 75% de lo devengado como salario en el último año de servicios, incluídos la prima de navidad, el subsidio de transporte y la prima de antigüedad, mas no lo pedido por la actora que asciende al 150% de lo percibido.

EL RECURSO

La recurrente cuestiona lo resuelto por el Tribunal, ya que por disposición del artículo 7o. de la Ley 1a. de 1963 el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 se considera incorporado al salario, y porque el artículo 9o. del Laudo Arbitral de 1965 y el artículo 16 del Acuerdo No. 17 de 1967, de la Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca, disponen incluir dicho auxilio en la liquidación de la pensión de jubilación, y eso no ocurrió en el *sub-lite*. Además, porque la prima de antigüedad de que trata la Ordenanza 13 de 1947 (20% del salario), no puede confundirse con el 25% que con ese epígrafe se consagró en el artículo 14 del acuerdo, pues son dos conceptos y valores distintos y excluyentes; y finalmente, porque según se dice en el auto de 25 de mayo de 1965, aclaratorio del Laudo Arbitral el 11 de los mismos mes y año, en la liquidación mencionada debe incluirse el total de esa prima; o sea, que extraído el 75% de los factores salariales, a ese resultado debe sumársele el 100% de la prima de navidad y no el 75%.

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo conceptúa que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad y por ello debe confirmarse la sentencia recurrida.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe anotarse que los planteamientos del *a-quo* en lo que hace con el derecho de la demandante a reclamar el reajuste de la pensión que viene

virtud de lo acordado por un Tribunal deArbitramento, -cuyas decisiones son ajenas a los empleados públicos-, y con base en lo señalado por un estatuto (acuerdo de la Junta General) que carece de fuerza de ley. Por manera, pues, que se hace imperativo darle cabida a la excepción de inconstitucionalidad enfrente del acuerdo citado, conforme lo establecía el artículo 215 de la Carta anterior, y, por consiguiente, dejar de aplicarlo; como también de rigor dejar de hacerlo con el laudo arbitral en comento.

REAJUSTE PENSIONAL-Improcedencia/**AUXILIO DE TRANSPORTE/ FACTOR SALARIAL**-Inexistencia/**JURISDICCION ROGADA**

Aunque el auxilio de transporte fue creado por la Ley 15 de 1959, artículo 2o., lo cierto es que el propio parágrafo de éste determinó que no se computaría como factor de salario. Fue la Ley 1a. de 1963, artículo 7o., la que prescribió que se incorporaba al salario para dichos efectos; empero, esta norma no se mencionó como infringida en el libelo. Dado el carácter rogado de esta jurisdicción y la imposibilidad de aplicar el acuerdo traído a colación antes por ser contrario a mandatos constitucionales expresos, no procede reajustar la pensión de la demandante con fundamento en el valor que pudiera haber percibido durante el último año de servicios por concepto de auxilio de transporte.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8082. Autoridades Departamentales. Actora: María Eduviges Leguizamón de Benavides.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA

La señora María Eduviges Leguizamón de Benavides, en su condición de cónyuge sobreviviente del señor Carlos Alberto Benavides, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declarara la nulidad del oficio fechado el 20 de enero de 1988, suscrito por el Síndico Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión de jubilación (sustitución) con la inclusión de unos factores salariales, como son el 25% de la prima de antigüedad, de conformidad con el Acuerdo No. 17 de 1967; el 20% de la Ordenanza No. 13 de 1947 y la totalidad de la prima de navidad, y que a título de restablecimiento del derecho se le reconozcan y paguen esos reajustes, los previstos en la Ley 4a. de 1976, y también los ajustes de valor.

Los hechos fundamentales de la demanda plantean que a la actora se le reconoció una sustitución de la pensión mensual y vitalicia de jubilación que disfrutaba su difunto esposo, para cuya liquidación no se tuvo en cuenta el 20% del salario como prima de antigüedad (Acuerdo No. 17 de 1967, artículo 14); y únicamente se le incluyó una doceava parte de la prima de navidad, cuando según el artículo 9o. del Laudo Arbitral del 11 de mayo de 1985 debía incluírsele el total del valor de dicha prima.

LA SENTENCIA

El *a-quo* denegó las pretensiones de la demanda. Para ello consideró que no era dable el reconocimiento de la prima de antigüedad, por cuanto la prima regulada por el artículo 14 del Acuerdo No. 17 de 1967 es la misma que se establece en la Ordenanza No. 13 de 1947, que sí fue tenida en cuenta para esos efectos; de igual manera, porque del artículo 16 de este acuerdo se desprende que el valor de la pensión equivale al 75% de lo devengado como salario en el último año de servicios, incluídos la prima de navidad, el subsidio de transporte y la prima de antigüedad, mas no lo pedido por la actora que asciende al 150% de lo percibido.

EL RECURSO

La recurrente cuestiona lo resuelto por el Tribunal, ya que por disposición del artículo 7o. de la Ley 1a. de 1963 el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 se considera incorporado al salario, y porque el artículo 9o. del Laudo Arbitral de 1965 y el artículo 16 del Acuerdo No. 17 de 1967, de la Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca, disponen incluir dicho auxilio en la liquidación de la pensión de jubilación, y eso no ocurrió en el *sub-lite*. Además, porque la prima de antigüedad de que trata la Ordenanza 13 de 1947 (20% del salario), no puede confundirse con el 25% que con ese epígrafe se consagró en el artículo 14 del acuerdo, pues son dos conceptos y valores distintos y excluyentes; y finalmente, porque según se dice en el auto de 25 de mayo de 1965, aclaratorio del Laudo Arbitral el 11 de los mismos mes y año, en la liquidación mencionada debe incluirse el total de esa prima; o sea, que extraído el 75% de los factores salariales, a ese resultado debe sumársele el 100% de la prima de navidad y no el 75%.

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo conceptúa que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad y por ello debe confirmarse la sentencia recurrida.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe anotarse que los planteamientos del *a-quo* en lo que hace con el derecho de la demandante a reclamar el reajuste de la pensión que viene

disfrutando se ajustan a derecho, toda vez que la prescripción extintiva respecto de prestaciones periódicas opera únicamente en relación con las mesadas anteriores a los tres (3) años anteriores a la fecha en que se efectuó la reclamación gubernativa, y no en cuanto al derecho pensional mismo, que la jurisprudencia ha definido como imprescriptible.

En segundo término, habida cuenta de que en el expediente no reposan los estatutos de la Beneficencia de Cundinamarca vigentes para la época, a través de cuyo análisis podría establecerse la naturaleza del vínculo laboral de la actora, es menester partir del supuesto de que ostentaba la calidad de empleada pública; esto es, que su nexo con la entidad demandada era legal y reglamentario.

Ahora bien, como el reajuste reclamado se basa en lo estatuído en el Laudo Arbitral de 1965 y en el Acuerdo No. 17 de 1967 de la Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca, en lo que tiene que ver con la inclusión de la prima de antigüedad y las once doceavas partes de la prima de navidad como factor de reliquidación, es incuestionable que no procede reconocerlo porque la creación de prestaciones sociales para los empleados públicos era facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la República, o del Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, según el texto de la Constitución de 1886.

Por tanto, no podía la administración reconocer ese reajuste pensional en virtud de lo acordado por un Tribunal de Arbitramento -cuyas decisiones son ajenas a los empleados públicos- y con base en lo señalado por un estatuto (Acuerdo de la Junta General) que carece de fuerza de ley pues no fue expedido por el Congreso en uso de su facultad legislativa, ni por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, puesto que de esa manera se estaría dando aplicación a textos que contrarían lo previsto en el numeral 9 del artículo 76 en armonía con el 10 del mismo canon y con los artículos 62 y 132 *ibídem*,-de la Carta de 1886-, que reservaban la función de fijar el Régimen de Prestaciones Sociales de los Empleados Oficiales al Congreso.

De manera, pues, que se hace imperativo darle cabida a la excepción de inconstitucionalidad enfrente del acuerdo citado, conforme lo establecía el artículo 215 de la Carta anterior y, por consiguiente, dejar de aplicarlo; como también de rigor dejar de hacerlo con el Laudo Arbitral en comento.

En lo que atañe con la inclusión del auxilio de transporte como factor de liquidación de prestaciones sociales, se advierte que aunque el auxilio de transporte fue creado por la Ley 15 de 1959, artículo 2o., lo cierto es que el propio parágrafo de éste determinó que no se computaría como factor de salario. Fue la Ley 1a. de 1963, artículo 7o., la que prescribió que se incorporaba al salario para dichos efectos; empero, esta norma no se mencionó como infringida en el libelo.

Dado el carácter rogado de esta jurisdicción y la imposibilidad de aplicar el acuerdo traído a colación antes por ser contrario a mandatos constitucionales expresos, no

procede reajustar la pensión de la demandante con fundamento en el valor que pudiera haber percibido durante el último año de servicios por concepto de auxilio de transporte.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 9 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por Adelina Velosa de García contra la Beneficencia de Cundinamarca, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en su reunión del día 27 de enero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido pueden consultarse los expedientes: 7063, 7064 y 7173 de febrero 28 de 1994; 7184, 8012, 7828 y 6561 de febrero 17 de 1994.

INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL-Reestructuración/**SUPRESION DE EMPLEOS/PLANTA DE PERSONAL/EMPLEO DE CARRERA**

El retiro del actor se produjo como consecuencia de la supresión del empleo del cual era titular, causal que está contemplada en el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968. Suprimido un empleo de Carrera como lo era el de Jefe de Sección, según el artículo 1o. de la Ley 61 de 1987, la entidad de la cual dependía el actor tenía la obligación de incorporarlo en otro empleo equivalente que se encontrara vacante u ocupado por un empleado provisional, siempre y cuando tuviera el carácter de funcionario escalafonado en la Carrera Administrativa, lo cual no demostró el actor en el curso del proceso. La circunstancia de ser empleado provisional al no haber demostrado su condición de funcionario de Carrera, conducía a que de no ser incorporado provisionalmente en otro empleo, cesará definitivamente en sus funciones una vez suprimido el cargo.

DESPIDO MASIVO-Inexistencia/**SUPRESION DE EMPLEOS/ EMPLEADO PUBLICO**

El artículo 37 del Decreto 1469 de 1978 no es aplicable al retiro por supresión de empleos públicos en el orden nacional, pues, la disposición invocada rige únicamente para el sector privado, condición ésta que no tenía el actor como empleado público que era del Instituto de Crédito Territorial.

PENSION SANCION-Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO**

Como el actor tenía el carácter de empleado público, esto es, una vinculación estatutaria o reglamentaria y no contractual, no puede aducir

causales de retiro del servicio, tales como la de "despido injusto", ni pedir la llamada "pensión sanción", pues ellas son predicables del trabajador oficial, pero no del empleado público, de una parte, y de la otra, en caso de haber sido trabajador oficial no es ésta la jurisdicción competente para decidir su retiro, sino la justicia ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 7226. Autoridades Nacionales. Actor: Benedicto Sandoval.

Benedicto Sandoval Becerra, solicitó al Tribunal Administrativo de Santander **la nulidad de la resolución No. 3310 de 1990** y **del oficio de 10 de agosto del mismo año,** mediante los cuales por el **primero no fue incorporado** en la nueva planta de personal del **Instituto de Crédito Territorial** - Regional Santander, y **por el segundo** le fue comunicado que **no había sido incorporado** en dicha planta de personal.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo absolvió a la Nación- Ministerio de Desarrollo Económico por falta de legitimación en la causa por pasiva, y denegó las súplicas de la demanda por estimar que aunque el actor desempeñaba el empleo de Carrera Administrativa de "Jefe de Sección 2075 - 02, Planilla Administrativa", no comprobó pertenecer a la Carrera Administrativa que le confiriera "algún fuero que pudiera en un momento dado evitar su desvinculación".

Señala el Tribunal Administrativo que confrontado las normas alegadas y el argumento del despido masivo, se concluye que éste no se produjo, puesto que la Administración Pública por necesidades del servicio público puede suprimir, modificar o fusionar empleos, sin autorización del Ministerio de Trabajo, dependencia que no tiene operancia frente a los empleados públicos, como lo era el demandante.

Agrega el Tribunal que como la violación de las normas las expresó en bloque, sin señalar en concreto el artículo violado y sin existir una exposición suficiente de su violación, no es posible examinar comparativamente el acto acusado y su legalidad.

En apoyo de estos argumentos cita varios fallos de esta Corporación.

Concluye que el actor no logró demostrar el quebrantamiento de la norma superior, debiéndose denegar las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO

El actor interpuso el recurso de apelación, por considerar que su retiro se produjo por una causal que no está consagrada en las que taxativamente señala el artículo 25

del Decreto 2400 de 1968, ya que no hubo renuncia, supresión del empleo, retiro con derecho a pensión, destitución y abandono del cargo, y como el empleo de Jefe de Sección subsistió a la restructuración, él ha debido continuar sirviendo en dicho cargo o en otro similar

El segundo punto de disentimiento, consiste en que de acuerdo con el artículo 37 del Decreto 1469 de 1978, se prohibe hacer despidos colectivos de trabajadores, salvo que exista autorización del Ministerio de Trabajo, la cual nunca se obtuvo.

Como último motivo de inconformidad, señala que él laboró durante más de 20 años a la entidad y al momento del retiro tenía más de 50 años de edad y el despido fue injusto, haciéndose acreedor a la correspondiente pensión.

El Procurador Delegado no presentó concepto.

Para resolver, se **CONSIDERA**

1.- De acuerdo con el Decreto 1774 de 3 de agosto de 1990, el empleo de Jefe de Sección 2075-02 que desempeñaba el actor fue suprimido, sin que éste cargo hubiera sido creado en la nueva planta de personal de la Regional de Santander.

En efecto, aunque el citado Decreto de planta creó en dicha regional 9 cargos de Jefe de Sección, ellos no son idénticos o equivalentes al suprimido,pues mientras el cargo del actor era 2075-02, los nuevos empleos tenían como denominación el de 2075-06 y 2075-07, cargos para los cuales se exigen a su vez requisitos diferentes, y su grado salarial es de mayor remuneración.

Aunque el actor no demostró estar inscrito en la Carrera Administrativa, la Sala examinará la diferencia entre uno y otro cargo, en cuanto a sus requisitos. Conviene citar lo que al respecto exigía el Decreto 33 de 1990, Manual General de Requisitos para los empleos de la Rama Ejecutiva, vigente en esa época.

Textualmente, ese Decreto, para el desempeño de estos cargos exigía los siguientes requisitos:

Jefe de Sección 2075-02.- Título de formación en educación superior y **un año** de experiencia específica o relacionada.

Jefe de Sección 2075-07.- Título de formación en educación superior y **cuatro años** de experiencia específica o relacionada.

Jefe de Sección 2075-06.- Título de formación en educación superior y **tres años** de experiencia específica o relacionada.

También la diferencia salarial se precisa con los últimos dígitos, y así, mientras el cargo suprimido tenía un rango salarial 02, los nuevos tenían un grado 06 y 07 que indica una mayor retribución salarial, como antes se dijo.

Por consiguiente, se concluye que aunque pertenecieran estos dos cargos de Jefe de Sección al mismo nivel jerárquico de empleos, en las áreas de requisitos y de retribución salarial eran diferentes y, por lo mismo no idénticos o equivalentes como lo pretende el actor.

Por lo tanto, se concluye que de la planta de personal del Instituto de Crédito Territorial - Regional Santander, conforme al Decreto 1774 de 1990, desapareció el cargo de Jefe de Sección 2075-02 y no fue creado otro empleo equivalente y, por lo tanto, el retiro del actor se produjo como consecuencia de la supresión del empleo del cual era titular, causal que está contemplado en el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968. Textualmente expresa esta disposición:

"Artículo 25. La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

"(...)".

c) Por supresión del empleo.

"(...)".

De otra parte, el propio actor en la declaración quinta de la demanda reconoce expresamente que mediante el Decreto 1774 sobre reestructuración de la planta de personal, el Gobierno Nacional "suprimió y creó cargos en esa entidad" y por lo tanto, no existe explicación para que manifieste su incorformidad por este aspecto en el recurso del fallo.

2.- Suprimido un empleo de Carrera como lo era el de Jefe de Sección, según el artículo 1o. de la Ley 61 de 1987, la entidad de la cual dependía el actor tenía la obligación de incorporarlo en otro empleo equivalente que se encontrara vacante u ocupado por un empleado provisional, siempre y cuando tuviera el carácter de funcionario escalafonado en el Carrera Administrativa, lo cual no demostró el actor en el curso del proceso.

En sentido contrario, la circunstancia de ser empleado provisional al no haber demostrado su condición de funcionario de Carrera, conducía a que de no ser incorporado provisionalmente en otro empleo, cesara definitivamente en sus funciones una vez suprimido el cargo.

Textualmente, dice el artículo 244 del Decreto 1950 de 1973:

"Los efectos de la supresión de un empleo de Carrera son:

1. **Cesación definitiva de funciones** de la personal que lo desempeña con **carácter provisional.**

"(...)".

Por consiguiente, como el actor no demostró hallarse inscrito en Carrera Administrativa, suprimido su empleo cesó definitivamente en sus funciones y el Instituto de Crédito Territorial, no estaba obligado a incorporarlo en otro empleo. Por lo tanto, no le asiste razón al actor por este aspecto.

3.- Como el actor señala que el artículo 37 del Decreto 1469 de 1978 prohíbe realizar despidos masivos sin permiso del Ministerio de Trabajo, como ocurrió en su caso, la Sala expresa que el artículo 37 del Decreto 1469 de 1978 no es aplicable al retiro por supresión de empleos públicos en el orden nacional, pues la disposición invocada rige únicamente para el sector privado, condición ésta que no tenía el actor como empleado público que era del Instituto de Crédito Territorial.

Textualmente dice este artículo:

"1) Cuando alguna empresa o empleador, que tenga a su servicio **trabajadores oficiales o particulares,** considere que necesita hacer despidos colectivos o terminar labores, parcial o totalmente, ya sea en forma transitoria o definitiva, por causas distintas de las previstas en los articulos 6o., literal d) y 7o. del Decreto 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con explicación de los motivos que le asistan y acompañada de las correspondientes justificaciones si fuere el caso".

"(...)"

Aunque originalmente el artículo regía para los trabajadores oficiales, es decir, para personal vinculado a la administración pública mediante contrato de trabajo, dicha disposición quedó rigiendo únicamente para el sector privado, puesto que mediante sentencia de esta Corporación de fecha 25 de julio de 1985, la expresión "trabajadores oficiales" fue declarada nula.

4) La Sala estima que no le asiste razón al actor porque esta pensión está consagrada para los trabajadores oficiales o empleados vinculados a la administración pública por contrato de trabajo, pero no para los empleados públicos como textualmente lo expresa esta norma:

"Pensión en caso de despido injusto.

1. El empleado oficial **vinculado por contrato de trabajo** que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una o varias Entidades, Establecimientos Públicos, Empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta de carácter Nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

2. Si el despido injusto se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir

los cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si entonces tiene cumplida la expresada edad.

(La palabra "o varias entidades" fue declarada nula por el Consejo de Estado, en sentencia de 12 de diciembre de 1981).

5) Aunque inicialmente el actor parece ser tuvo la condición de trabajador oficial, según copia de los contratos de trabajo que aportó al expediente, suscritos en los años de 1962 y 1966, al momento de su retiro había perdido dicha condición, si es que la tuvo, pues el cargo de Jefe de Sección de un establecimiento público del orden nacional como lo era el Instituto de Crédito Territorial en el año de 1990 correspondía al de un empleado público y no al de un trabajador oficial, según lo prescribe la Ley 61 de 1987.

6) Conforme a las invocaciones normativas que el apoderado del actor hace, se concluye que éste confunde la noción de trabajador oficial con la de empleado público, lo cual lo conduce a hacer peticiones que no son de recibo para los empleados públicos.

7) De acuerdo con la clasificación legal del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos y su régimen es estatutario.Sin embargo, por excepción a esta regla general, pueden tener el carácter de trabajadores oficiales, quienes se dediquen a la construcción y sostenimiento de obras públicas, y aquellas actividades que en los estatutos de los establecimientos públicos se decida que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

8) Por consiguiente, como el actor tenía el carácter de empleado público, esto es, una vinculación estatutaria o reglamentaria y no contractual, no puede aducir causales de retiro del servicio, tales como la de "despido injusto", ni pedir la llamada pensión sanción, pues ellas son predicables del trabajador oficial, pero no del empleado público, de una parte, y de la otra, en caso de haber sido trabajador oficial no es ésta la jurisdicción competente para decidir su retiro, sino la justicia ordinaria.

Por lo tanto, como el actor no desvirtuó la presunción de legalidad del acto de retiro y sus peticiones no pueden corresponder a la calidad que tenía como empleado público, sus pretensiones no están llamadas a prosperar, 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,

FALLA:

Confírmase el fallo de 20 de mayo de 1992 mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda promovida por Benedicto Sandoval Becerra.

En firme la presente sentencia, remítase al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL-Vigencia/**PRUEBA/ACTO ADMINISTRATIVO**-Causal de Nulidad/**LEY APROBATORIA DE TRATADO**

Como en la sentencia recurrida el *a-quo* procede a analizar si la administración transgredió o no con su decisión los citados instrumentos internacionales, sin que aparezca acreditado en autos que tales instrumentos se encuentran vigentes para Colombia, la Sala considera oportuno anotar que no es suficiente, para que el juez lo tenga en cuenta dentro del proceso, invocar un tratado o convenio internacional, ya como sustento de la petición de nulidad de un acto administrativo, ya como fundamento para oponerse a las pretensiones de la demanda, así dicho tratado o convenio se encuentre aprobado por el Congreso Colombiano y haya sido sancionada y publicada la ley correspondiente.

TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL-Aceptación/**SOBERANIA**-Voluntad Estatal/**ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNO/CONVENCION DE VIENA/LEY SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS**

Los tratados internacionales son fruto del acuerdo de voluntades válidamente expresadas por los representantes de los Estados que concurren a su formación o adhieren a ellos; por tanto, no son consecuencia de la manifestación de voluntad de un solo Estado, pues por ser de su esencia que ellos sean el fruto de un acuerdo de voluntades deben tener fuerza vinculante para un número plural de Estados; si así no fuera, se confundirían con las manifestaciones de voluntad soberana de cada uno de ellos, que se traducen en su ordenamiento jurídico interno; de ahí que no sea suficiente la manifestación de conformidad de

cada uno de los Estados respecto al instrumento internacional y, que se requiera para que entre en vigor, tanto la aceptación de los demás Estados, como el cumplimiento de las otras condiciones exigidas en el respectivo instrumento o, en su defecto, en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada para Colombia por la Ley 32 de 1985.

TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL-Requisitos/REVISION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL/RATIFICACION

Para que el instrumento entre en vigor, es necesario además de que se hayan surtido las aprobaciones exigidas por el ordenamiento jurídico interno de cada país, -en el caso de Colombia la revisión de la Corte Constitucional y la expedición de la Ley aprobatoria-, que posteriormente se haga el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, -cuando el tratado es multilateral- o se efectúe el canje de ratificación, -cuando es multilateral-, y se cumpla el plazo o condición señalado para el efecto.

NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL-Prueba/MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES-Certificación

Es imprescindible que quien invoca en su favor una norma de derecho internacional, pruebe dentro del proceso su vigencia, mediante la correspondiente constancia o certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores o del Estado o autoridad depositaria del tratado.

EMPLEADO DEPARTAMENTAL-Régimen Aplicable/CARRERA ADMINISTRATIVA/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION/NORMA NACIONAL-Inaplicación/ENTIDADES TERRITORIALES/EMPLEADO MUNICIPAL-Régimen Aplicable

Razona extensamente el demandante en orden a demostrar que no existe la facultad de libre nombramiento y remoción y que, en consecuencia, no obstante su carácter de empleado del orden departamental, se encontraba amparado por el fuero de estabilidad que para los empleados de carrera administrativa otorgan el Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y sus normas reglamentarias. Empero para la Sala tal razonamiento no es válido, porque de una parte conduciría a desconocer la existencia de empleos de libre nombramiento y remoción que el mismo ordenamiento constitucional consagra, cuando prevé la existencia de un régimen para los de carrera administrativa; y de otra, conduciría a extender contra legem al ámbito de los entes territoriales la aplicación del régimen de carrera previsto en el aludido Decreto 200 y sus normas reglamentarias sólo para los empleados a nivel nacional, ya

que como el mismo demandante lo afirma por expresa disposición de este Decreto, quedaron vigentes los artículos 178 y 179 del Decreto Extraordinario 1732 de 1960 "que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal".

DESVIACION DE PODER-Definición

Como ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala en múltiples ocasiones, la desviación de poder se configura cuando una autoridad administrativa, teniendo la competencia para ello, expide un acto ajustado en lo externo a derecho, pero con fines diferentes a aquellos para los cuales ha sido investida de esa competencia.

VIOLACION DIRECTA DE NORMA CONSTITUCIONAL-Improcedencia

La violación de las normas constitucionales invocadas, dada su generalidad no reguladora de situaciones individuales, sólo habrían podido ser objeto de violación, en la medida en que se hubieran desconocido las normas legales que las desarrollan, lo cual no se demostró.

FACULTAD DISCRECIONAL-Inaplicación

El artículo 36 del C. C. A., invocado por el actor, no es aplicable al caso controvertido por expreso mandato del artículo 1o. de la misma codificación que preceptúa que las normas de esta parte primera del Código no se "aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5966. Autoridades Departamentales. Actor: Enrique Montaña Gutiérrez.

1.- No se le reconoce personería al doctor César Augusto Solamilla Chavarro como apoderado del Departamento del Tolima, por carecer esta entidad de interés jurídico en el proceso, toda vez que la parte demandada es la Caja de Previsión Social del Tolima, establecimiento público del orden departamental y, por ende, capaz de comparecer por sí misma al proceso, como realmente lo hizo a través del Doctor Germán Barberi Perdomo (folios 38 a 43).

2.- Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso promovido por Enrique Montaña Gutiérrez, con el fin de que se declare la nulidad de la resolución No. 159 de 20 de octubre de 1989, de la Dirección de la Caja

de Previsión Social del Tolima, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Secretario General de dicho establecimiento y de que se le restablezcan los derechos supuestamente vulnerados con la expedición del acto demandado.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento negó las pretensiones del demandante bajo la consideración de que en el *sub-lite* no se infringió la Ley 74 de 1968 que incorporó al ordenamiento jurídico del país los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, pues tal incorporación no implica la abolición de la legislación vigente o la imposibilidad de desarrollar los textos constitucionales, pues tanto las Leyes como estos últimos, respetan el derecho al trabajo, el de recibir las respectiva remuneración y el de igualdad de oportunidades, así como los demás derechos a que alude el actor.

El *a-quo* estimó igualmente, que no se presenta la infracción del Decreto 2400 de 1968, porque no es aplicable a los empleados públicos del orden departamental, como lo era el accionante, y que tampoco se da la desviación de poder endilgada al nominador, puesto que si bien, de acuerdo con la prueba testimonial, la remoción del actor se dispuso a raíz del conocimiento que aquel tuvo de que éste había recibido determinada suma de dinero para tramitar ágilmente la liquidación y pago de las cesantías de uno de los afiliados a la Caja, la verdad es que la facultad discrecional de remoción que ostenta el nominador no se "cierra" por el solo hecho de haber incurrido el empleado en una falta disciplinaria, pues se llegaría al absurdo de que esa circunstancia le otorgue fuero de estabilidad relativa.

Además el fallador precisó que independientemente del proceso disciplinario, bien puede proferirse acto de separación del servicio, no propiamente porque se haya incurrido en el hecho constitutivo de la falta que origina la sanción, sino porque el servici está afectado y es preciso adecuarlo o mejorarlo, como ocurrió en el presente caso, ya que públicamente se ponía en duda el desempeño del demandante y era contrario al buen nombre de la administración mantener a una persona empleada, cuando su proceder estaba siendo calificado de irregular.

EL RECURSO

El actor al sustentar la alzada, recalca que fue declarado insubsistente por el Director de la Caja, pasando por alto el trámite disciplinario que estaba obligado a adelantar, para establecer si debía o no destituirlo o si debía continuar en el empleo; que de las pruebas obrantes en autos, se desprende que no incurrió en la conducta irregular que se le imputa y que el nominador le dio credibilidad a las declaraciones del Doctor Julio César Guacanez, en el sentido de que había exigido dinero para agilizar la tramitación de la petición de reconocimiento del auxilio de cesantía de un exafiliado a la Caja, lo cual no se probó dentro del proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luego de una amplia exposición sobre el alcance y los límites de la facultad discrecional de remoción de los empleados públicos que ostenta el nominador, el señor Fiscal Cuarto ante el Consejo de Estado opina que el fallo debe revocarse y, en su lugar, debe accederse a las pretensiones del accionante, porque hallándose demostrado que el motivo de la insubsistencia de su nombramiento fue la falta disciplinaria de que se le acusó, resulta obvio que se disfrazó con esa decisión una verdadera pena de destitución, a la cual debía llegarse después de la correspondiente averiguación disciplinaria,en obediencia a los mandatos constitucionales y legales, que consagran el debido proceso y el derecho de defensa y, como ello no se efectuó, estando obligada la administración a hacerlo, procede declarar la nulidad de los actos acusados.

El acto administrativo demandado.

No obstante la falla que presenta la demanda al citar 1990 como año de expedición del acto demandado, la Sala entiende que se trata es de dilucidar la legalidad de la resolución No. 159 expedida el 20 de octubre de 1989, cuya copia auténtica (folio 2) fue acompañada al libelo introductorio, acto expedido por el Director de la Caja de Previsón Social del Tolima mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Secretario General de esa entidad.

Precisado lo anterior y atendiendo a la legislación vigente para la época en que fue expedido el acto demandado -entre ella la Constitución Política de 1886- se procede a establecer su legalidad con base en las siguientes consideraciones:

La prueba de los tratados internacionales.

Cita el demandante como violados los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y de "Derechos Civiles y Políticos", así como el "Protocolo Facultativo de este último", aprobados por la Ley 74 de 1968.

Como en la sentencia recurrida, el *a-quo* procede a analizar si la administración transgredió o no con su decisión los citados instrumentos internacionales, sin que aparezca acreditado en autos que tales instrumentos se encuentran vigentes para Colombia, la Sala considera oportuno anotar que no es suficiente, para que el juez lo tenga en cuenta dentro del proceso, invocar un tratado o convenio internacional, ya como sustento de la petición de nulidad de un acto administrativo, ya como fundamento para oponerse a las pretensiones de la demanda, así dicho tratado o convenio se encuentre aprobado por el Congreso Colombiano, y haya sido sancionada y publicada la ley correspondiente.

Los tratados internacionales son fruto del acuerdo de voluntades válidamente expresadas por los representantes de los Estados que concurren a su formacion o adhieren a ellos; por tanto, no son consecuencia de la manifestación de voluntad de un solo Estado, pues por ser de su esencia que ellos sean el fruto de un acuerdo de

voluntades, deben tener fuerza vinculante para un número plural de Estados; si así no fuera, se confundirían con las manifestaciones de voluntad soberana de cada uno de ellos, que se traducen en su ordenamiento jurídico interno; de ahí, que no sea suficiente la manifestación de conformidad de cada uno de los Estados respecto al instrumento internacional y, que se requiera para que entre en vigor, tanto la aceptación de los demás Estados, como el cumplimiento de las otras condiciones exigidas en el respectivo instrumento o, en su defecto, en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada para Colombia por la Ley 32 de 1985, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 24.- **Entrada en vigor**.

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor en relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.

4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto".

En otras palabras, para que el instrumento entre en vigor, es necesario, además de que se hayan surtido las aprobaciones exigidas por el ordenamiento jurídico interno de cada país -en el caso de Colombia, la revisión de la Corte Constitucional y la expedición de la ley aprobatoria-, que posteriormente se haga el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión -cuando el tratado es multilateral- o se efectúe el canje de ratificación -cuando es multilateral-, y se cumpla el plazo o condición señalado para el efecto.

Pero, bien puede ocurrir, que estando vigente para Colombia el respectivo tratado o convenio, alguno o algunos de sus preceptos no sean aplicables a nuestro país, por circunstancias especiales tales como haber sido formuladas reservas sobre ellos, o haber denunciado apartes del mismo. Igualmente puede suceder, que habiendo estado vigente para Colombia un tratado, ya no lo esté. Por ejemplo, por haber sido denunciado en su totalidad.

Por todo lo anterior, es que es imprescindible que quien invoca en su favor una norma de derecho internacional, pruebe dentro del proceso su vigencia, mediante la

correspondiente constancia o certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores o del Estado o autoridad depositaria del tratado.

Ahora bien, respecto a los pactos invocados por el actor como violados, observa la Sala que sus artículos 27 y 49 respectivamente, señalan su vigencia en los siguientes iguales términos:

> "1. El presente pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimoquinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
>
> 2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimoquinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor, transcrurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

En similares términos señala el artículo 9o. del Protocolo Facultativo, su entrada en vigor.

Como se ve, los mismos instrumentos de derecho internacional invocados por el demandante señalan unas condiciones para su vigencia, que, como se dijo deben cumplirse con posterioridad a la aprobación interna en cada uno de los Estados, condiciones cuyo cumplimiento para la época de la desvinculación del actor, no fueron acreditadas dentro del proceso, razón por la cual no le es dado al juez administrativo entrar a determinar en el caso *sub-judice* si el acto administrativo demandado violó o no las normas en aquellos contenidas.

La estabilidad del demandante.

No obra prueba en el expediente que acredite que el demandante estuviera amparado por el fuero de relativa estabilidad que otorga la inscripción en carrera administrativa o el desempeño de un cargo de período fijo. Por ende, debe concluirse que se hallaba sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, razón por la cual su nombramiento podía ser declarado insubsistente en forma discrecional por el nominador, decisión ésta que, según lo ha expresado la Sala en múltiples fallos, se entiende adoptada en procura del buen servicio y en ejercicio de la aludida facultad.

Razona extensamente el demandante en orden a demostrar que no existe la facultad de libre nombramiento y remoción y que, en consecuencia, no obstante su carácter de empleado del orden departamental, se encontraba amparado por el fuero de estabilidad que para los empleados de carrera administrativa otorgan el Decreto extraordinario 2400 de 1968 y sus normas reglamentarias.

Sustenta su aserto afirmando que como el Constituyente de 1886 "condicionó la facultad de nombrar y remover empleados administrativos" que tienen el Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y demás funcionarios públicos, a la

observancia de las normas "que expida el Congreso para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido" (artículo 62-2), en su sentir no puede decirse en sana lógica que sea ésta, precisamente, una atribución de "libre" o "discrecional" ejercicio" (folio 10).

Empero, para la Sala tal razonamiento no es válido, porque de una parte conduciría a desconocer la existencia de empleos de libre nombramiento y remoción que el mismo ordenamiento constitucional consagra, cuando prevé la existencia de un régimen para los de carrera administrativa; y de otra, conduciría a extender contra legem al ámbito de los entes territoriales la aplicación del régimen de carrera previsto en el aludido Decreto 2400 y sus normas reglamentarias sólo para los empleados a nivel nacional, ya que como el mismo demandante lo afirma, por expresa disposición de este decreto, quedaron vigentes los artículos 178 y 179 del Decreto Extraordinario 1732 de 1960 "que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal".

Se concluye así, que el derecho a la estabilidad alegado por el actor, no se encuentra consagrado en el Decreto 2400 de 1968, invocado por él a su favor, pues no puede pretender ampararse en normas que no le son aplicables.

La desviación de poder.

Como ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala en múltiples ocasiones, la desviación de poder se configura cuando una autoridad administrativa, teniendo la competencia para ello, expide un acto ajustado en lo externo a derecho, pero con fines diferentes a aquellos para los cuales ha sido investida de esa competencia.

El principal cargo que se formula en el libelo contra la resolución acusada, se encamina a sostener que en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante hubo desviación de poder, porque se adoptó por la queja presentada al Director de la Caja por Julio César Guacanez Chaux, en el sentido de que había recibido $15.000.oo por interponer sus buenos oficios para acelerar el pago de un auxilio de cesantía de un cliente suyo, sin que previamente se hubiera adelantado en su contra el respectivo proceso disciplinario, para verificar si realmente había incurrido en esa falta y, por supuesto, sin darle oportunidad de defenderse.

Pues bien, dentro del proceso se recibió la declaración del señor Guacanez Chaux, quien sobre el particular, expresó en síntesis, que el accionante una vez posesionado en el cargo del cual se le removió, fue a su oficina para ponerse a sus órdenes; que un día, luego de que se retiró de su oficina el señor Luis Eduardo Quintana, quien había solicitado sus servicios profesionales para que le tramitara ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de unas cesantías, le manifestó que podía colaborar para que "eso" saliera rápido, pero que le debía pagar el 10% del valor total de ellas, pero ante su negativa a pagar esa suma, aceptó hacerlo por $15.000.oo, los cuales le entregó; que como tal reconocimiento no se efectuó en el plazo acordado, su cliente se disgustó con

él y amenazó con ir ante el Director de la Caja a exponerle tales hechos, lo cual efectivamente hizo; que posteriormente acudió al llamado de dicho funcionario, quien lo interpeló al respecto y ante quien se ratificó en lo relatado, así como también lo hizo en presencia del accionante que había sido llamado por el Director para aclarar la situación; que el doctor Montaña Gutiérrez no negó haber recibido ese dinero, pero dijo que lo había hecho a título de préstamo.

De igual modo, el deponente relata que el Director de la Caja, en el acto, vale decir en su presencia y delante del señor Quintana, quien también asistió a la reunión, le solicitó al Doctor Montaña su dimisión, "puesto que estaba ahí para trabajar honestamente y no para pedir plata".

Respecto a los testimonios recepcionados por solicitud del demandante, la Sala encuentra:

- Que el señor Danilo Nieto Vargas dice que nada le consta sobre la exigencia de dinero por parte del actor al abogado Guacanez Chaux, pero que lo que sí oyó de parte de éste fue que le dio $15.000.oo para la tramitación de unas cesantías, pero que luego el demandante Montaña le había manifestado que dicho dinero lo había recibido a título de préstamo. Nada dice en relación con los motivos que hayan podido dar lugar a la insubsistencia del demandante.

- Que la señorita Martha Eunice Romero Méndez, Secretaria del actor para la época de la insubsistencia, dice que no tuvo "conocimiento de lo que sucedió cuando a él lo destituyeron", que sólo oyó "rumores de la gente porque él pedía dinero, pero durante el tiempo que estuve con él, nunca vi nada incorrecto, anormal; era una persona muy correcta y muy buen Jefe".

- Que el señor Alvaro Sierra Figueroa, quien según el demandante era entonces Gobernador del Departamento del Tolima y fue enterado por la autoridad nominadora que "había destituído -al actor- por la queja del abogado Guacanez", al ser interrogado sobre el particular manifiesta que no recibió versión alguna de parte del Director de la entidad demandada, que no se enteró de que el demandante haya trabajado allí, y que tampoco recuerda que le hayan comunicado la comisión de irregularidades por parte del Secretario General de la Caja. En síntesis, nada le consta sobre la remoción del actor.

- Que el declarante Francisco José Neira Lamus se enteró de la remoción del demandante por información de la Secretaria del Gerente, funcionaria que le manifestó que había obedecido a una queja del abogado Guacanez Chaux; es decir, que su conocimiento proviene de un tercero.

- Que el senador Maximiliano Neira Lamus, quien según dice respaldaba al demandante, manifiesta haber sido enterado por el Director de la Caja de que la remoción obedeció a la queja del abogado Guacanez. Versión esta que coincide con lo dicho por este abogado durante el interrogatorio cuando dice que "el Director le dijo delante de Quintana - el beneficiario de la pensión - que estaba conmigo que pasara la

renuncia o lo destituía puesto que él estaba ahí para trabajar honestamente y no para pedir plata".

No obstante que de las últimas declaraciones a que se hizo referencia, especialmente de la del doctor Guacanez Chaux, puede colegirse que el nominador, previamente a la expedición del acto acusado, tuvo conocimiento de que el demandante supuestamente incurrió en conductas opuestas al régimen ético de los servidores públicos y a la moralidad de la conducta que estos deben observar, la verdad es que no aparece probado fehacientemente que haya sido éste el motivo que tuvo la autoridad nominadora para declarar insubsistente su nombramiento, pues lo afirmado por el demandante sólo coincide con la versión del abogado Guacanez, y con lo expresado por quien respaldaba políticamente al actor. Los demás dicen no tener conocimiento de ello o tenerlo de oídas. Y la declaración de un testigo importante como lo es el ex-Gobernador Sierra Figueroa, por haber sido el jefe de la autoridad que declaró la insubsistencia, dice no saber o no recordar hecho alguno en relación con el asunto debatido, apartándose así de lo afirmado por el demandante.

Encuentra entonces la Sala una deficiencia probatoria acerca del motivo que, según el demandante, tuvo la autoridad al proferir el acto demandado, impidiendo concluir con certeza que realmente se presentó la desviación de poder alegada.

La Sala considera conveniente anotar finalmente, que las normas reguladoras del proceso disciplinario invocadas por el actor como violadas, sólo hubieran podido serlo en el evento de que su conducta hubiera sido objeto de la acción disciplinaria, que no lo fue. La violación de las normas constitucionales invocadas, dada su generalidad no reguladora de situaciones individuales, sólo habrían podido ser objeto de violación, en la medida en que se hubieran desconocido las normas legales que las desarrollan, lo cual no se demostró.

De otra parte, el artículo 36 del C. C. A., invocado por el actor, no es aplicable al caso controvertido por expreso mandato del artículo 1o. de la misma codificación que preceptúa que las normas de esta parte primera del Código no "se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción"; el artículo 84, *ibídem*, no puede ser objeto de violación por parte de la administración, como que, como lo tiene plenamente precisado la Corporación, es una norma que regula la actividad de quienes juzgan la legalidad de los actos administrativos y de quienes los acusan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero no la conducta o la actividad de quienes emiten los actos de la administración.

Fluye de lo anterior, que la presunción de legalidad del acto demandado permanece incólume, por lo cual habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 29 de mayo de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso promovido por Enrique Montaña Gutiérrez en orden a que se declarara la nulidad de la resolución No. 159 de 1989 del Director de la Caja de Previsión Social del Tolima.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RETIRO DEL SERVICIO-Causales/PLAN DE RETIRO COMPENSADO/ INSUBSISTENCIA CON INDEMNIZACION/RETIRO VOLUNTARIO CON BONIFICACION

El Decreto 2100 de 1991, cuya nulidad se impetra, por el cual se reglamenta el Decreto 1660 de 1991 señala su campo de aplicación; precisa el alcance del estatuto reglamentado en lo referente a la cesación definitiva en el ejercicio de funciones públicas; prevé nuevas causales de retiro del servicio: insubsistencia con indemnización y retiro voluntario con bonificación; determina el monto de las indemnizaciones y bonificaciones, su forma de pago, su sujeción a la disponibilidad presupuestal de la entidad; define los planes colectivos de retiro compensado; regula lo concerniente a la autorización, adopción, contenido y aprobación de estos; estipula la prohibición de declarar insubsistente al funcionario que dentro de un plan de retiro compensado presente solicitud de retiro voluntario; determina el salario para los efectos de ese decreto y contempla la compatibilidad del pago de la indemnización o de la bonificación con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tenga derecho el funcionario retirado.

RETIRO DEL SERVICIO-Condiciones/RAMAS DEL PODER PUBLICO/ RETIRO DEL SERVICIO-Sistemas Especiales/COMPENSACION PECUNIARIA/INSUBSISTENCIA CON INDEMNIZACION/RETIRO VOLUNTARIO CON BONIFICACION

La Ley 60 de 1990 facultó al Ejecutivo, de manera genérica para determinar las condiciones del retiro del servicio de los funcionarios pertenecientes a las distintas ramas y organismos del poder público. En

desarrollo de esa facultad, lo autorizó expresamente, entre otras cosas, para establecer sistemas especiales de retiro del servicio mediante compensación pecuniaria como la insubsistencia con indemnización y el retiro voluntario mediante bonificación. En ejercicio de tales facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto-Ley 1660 de 1991, en el cual se establecieron como nuevas causales de retiro del servicio las anteriormente citadas, Decreto que a su turno fue objeto de reglamentación a través del Decreto 2100 de 1991, materia de impugnación.

PLAN DE RETIRO COMPENSADO/PREAMBULO DE LA CONSTITUCION/SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD

El Decreto Ley 1660 de 1990 fue declarado inexequible en todas sus partes por la Corte Constitucional, en sentencia de 13 de agosto de 1992, en la cual, luego de efectuarse un análisis pormenorizado de las razones por las cuales cada uno de los artículos de dicho decreto infringía tanto el preámbulo de la Constitución Política de 1991 como varios de los preceptos contenidos en algunos de sus artículos.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Consecuencias**/DECRETO REGLAMENTARIO/ACTO ADMINISTRATIVO/PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA/DECAIMIENTO DEL ACTO**

La desaparición del ámbito jurídico del Decreto 1660 de 1991, para cuya adecuada ejecución se expidió el Decreto 2100 de ese año, este estatuto reglamentario perdió obviamente sus fundamentos de derecho, su fuerza ejecutoria, quedando huérfano de sustento jurídico que le permita subsistir en el concierto normativo que constituye el ordenamiento jurídico del país. Por lo anterior, se impone declarar su nulidad, como lo impetra el demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6129. Decretos del Gobierno. Actor: Jairo López Morales.

El Doctor Jairo López Morales, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el artículo 84 del C. C.A., impetró la nulidad del Decreto 2100 de 6 de septiembre de 1991, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se reglamenta el Decreto-Ley 1660 de 1991.

Cita como normas transgredidas los artículos 25,40, 53, 58, 136, 189 numeral 11, 237, 238, 256 y 257 de la Constitución Política de 1991, los Decretos 2400 de 1968, 250

de 1970 y 1950 de 1973, y las Leyes 52 de 1978, 28 de 1983, 60 de 1990 y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Señala el actor que de conformidad con el artículo 53 de la actual Constitución Política, el estatuto del trabajo debe tener en cuenta, por lo menos, los principios mínimos fundamentales relacionados con la estabilidad en el empleo e irrenunciabilidad a los beneficios establecidos en normas laborales; que el artículo 58 *ibídem* garantiza los derechos adquiridos con arreglo a las Leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por Leyes posteriores; que conforme a lo preceptuado en los artículos 40 del Decreto 2400 de 1968, y 180 y 122 del Decreto 1950 de 1973, la carrera administrativa implica para el empleado o funcionario, un derecho adquirido a no ser removido del empleo sino por faltas a los deberes y mediante el trámite especial del proceso disciplinario y la posibilidad de ascender a los cargos inmediatamente superiores: que el Decreto 250 de 1970 garantiza a los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional estabilidad en sus cargos, mientras observen buena conducta y no lleguen a la edad de retiro forzoso, por lo tanto, el Decreto acusado al disponer la insubsistencia con indemnización de los funcionarios de carrera administrativa transgrede la normatividad mencionada, pues desconoce los privilegios que su inscripición en ella les otorga, agregando, en relación con los servidores de la rama jurisdiccional, que al extender el campo de aplicación del Decreto 2100 de 1991 a ese personal, se desconoce lo dispuesto en los artículos 256 y 257 de la Constitución Política que atribuye al Consejo Superior de la Judicatura, la facultad de crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia, como también se transgredieron las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983, al hacerlo extensivo a los empleados del Congreso Nacional, ya que conforme al artículo 3o. de la ley primeramente citada, éstos permanecerán en sus cargos durante el período constitucional en que hubieren sido nombrados.

Agrega el demandante que de acuerdo con lo previsto en el artículo 214 del Decreto 1950 de 1973, ni aún los empleados en período de prueba pueden ser removidos. Consiguientemente, esta norma también se vulneró.

Luego señala que tanto el Decreto 1660 de 1991 como el acto acusado infringe el artículo 136 de la Carta, al establecer indemnización pecuniaria para quienes se retiren del servicio o para quienes sean declarados insubsistentes, pues están decretando en favor de personas determinadas donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, etc., lo cual está prohibido por el citado precepto constitucional; que el Decreto 2100 de 1991 al igual que el artículo 2o. de la Ley 60 de 1990 y el Decreto 1660 de 1991 son inconstitucionales, y que el primero va más allá de las normas que reglamenta, por cuanto en ninguna parte de la Ley 60 de 1990, el congreso autorizó al ejecutivo para desconocer al derecho a la estabilidad laboral de los servidores amparados por la carrera administrativa y judicial, por lo tanto, se impone declarar la nulidad del acto objeto de impugnación.

Por último el demandante advierte que en el parágrafo del artículo 10 del Decreto 2100, se establece que contra los actos administrativos mediante el cual se adopte el

plan colectivo de retiro compensado y se acepte la solicitud de retiro voluntario, o se declare la insubsistencia dentro de un plan de esa naturaleza, no procede recurso alguno, lo que es atentatorio del derecho de defensa consagrado en la Constitución y las leyes, y del principio de impugnación.

En orden a defender la juridicidad del decreto enjuiciado, en escrito obrante a folios 49 a 52, la Nación-Departamento Administrativo del Servicio Civil-, por intermedio de apoderado, adujo que no es violatorio de los artículos 25, 40, 53, 136 y 189 de la Carta Política, pues en ninguno de sus apartes prohibe que a un funcionario que se indemnice o bonifique, posteriormente, se le vincule a la administración pública o al sector privado; porque las indemnizaciones o bonificaciones en él contempladas, no están dirigidas a persona o entidad alguna, sino en términos generales, a todos los funcionarios de los organismos oficiales y porque el Presidente de la República al expedirlo, estaba ejerciendo la facultad consagrada en el numeral 11 del artículo 189 *ibídem.*

Arguye así mismo que al disponerse que sus mandatos son aplicables a los empleados o funcionarios de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados sólo se estaba aclarando la expresión "rama ejecutiva" empleada en el artículo 1o. de la Ley 60 de 1990; que el Decreto 2100 no transgrede el Código Sustantivo del Trabajo ni los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, porque el primero, por expreso mandato de su artículo 4o. no es aplicable a los empleados públicos y porque no se estatuyen nuevas causales de retiro, sino que se adicionan las contempladas en el decreto mencionado, y no puede admitirse que el acto acusado quebrante disposiciones contenidas en un decreto de igual categoría como lo es el Decreto 1950.

Mediante providencia de noviembre 13 de 1991 se negó la suspensión provisional del estatuto demandado por las razones consignadas a folios 38 a 42.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Novena ante el Consejo de Estado, solicita que se denieguen las súplicas de la demanda, puesto que el acto acusado no infringe los principios consagrados en el artículo 53 de la Carta, porque tales principios son los que debe contener el Estatuto de Trabajo, el cual no se ha proferido, ni los artículos 58 y 136 *ibídem*, por cuanto el primero garantiza los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles y las que cita el demandante no tienen esa categoría y porque el decreto acusado no crea, modifica, ni extingue derechos particulares concretos.

De idéntica manera, la agencia fiscal estima que no se vulneran las Leyes 152 de 1978 y 28 de 1983, que consagran el período para los empleados del Congreso de la República y las disposiciones del Decreto 2400 de 1968 sobre estabilidad de los empleados pertenecientes a la carrera administrativa, toda vez que el Decreto 2100 simplemente reitera las causales de retiro contempladas en el artículo 2o. del Decreto Ley 1660 de 1991 y precisa las circunstancias en que podrá declararse la insubsistencia de los nombramientos de personal amparado por los derechos de carrera. También

afirma que no existió extralimitación de las facultades extraordinarias, ya que la Ley 60 de 1990 en su artículo 2o. autorizó al ejecutivo para determinar las condiciones de retiro del servicio de los funcionarios, previendo al efecto sistemas especiales como la insubsistencia con derecho a indemnización y el retiro voluntario mediante bonificación, adición que hizo el Decreto-Ley 1660, y no el Reglamentario 2100.

Recoge igualmente la agencia del Ministerio Público, las tesis del apoderado del Departamento Administrativo del Servicio Civil, referentes a la precisión del concepto rama ejecutiva, al extender la aplicación del decreto impugnado a los funcionarios de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados y sobre la imposibilidad de quebranto del Decreto 1950 de 1973 por ser de igual categoría al demandado.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- El Decreto 2100 de 1991, cuya nulidad se impetra, por el cual se reglamenta el Decreto 1660 de 1991 señala su campo de aplicación; precisa el alcance del estatuto reglamentado en lo referente a la cesación definitiva en el ejercicio de funciones públicas; prevé nuevas causales de retiro del servicio; insubsistencia con idemnización y retiro voluntario con bonificación; determina el monto de las indemnizaciones y bonificaciones, su forma de pago, su sujeción a la disponibilidad presupuestal de la entidad; define los planes colectivos de retiro compensado; regula lo concerniente a la autorización, adopción, contenido y aprobación de estos; estipula la prohibición de declarar insubsistente al funcionario que dentro de un plan de retiro compensado presente solicitud de retiro voluntario; determina el salario para los efectos de ese decreto y contempla la compatibilidad del pago de la indemnización o de la bonificación con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tenga derecho el funcionario retirado.

2.- La Ley 60 de 1990 facultó al ejectuvio, de manera genérica, para determinar las condiciones del retiro del servicio de los funcionarios pertenecientes a las distintas ramas y organismos del poder público. En desarrollo de esa facultad, lo autorizó expresamente, entre otras cosas, para establecer sistemas especiales de retiro del servicio mediante compensación pecuniaria como la insubsistencia con indemnización y el retiro voluntario mediante bonificación.

En ejercicio de tales facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1660 de 1991, en el cual se establecieron como nuevas causales de retiro del servicio las anteriormente citadas, decreto que a su turno fue objeto de reglamentación a través del Decreto 2100 de 1991, materia de impugnación.

Pues bien, el Decreto-Ley 1660 de 1990, fue declarado inexequible en todas sus partes por la Corte Constitucional, en sentencia de 13 de agosto de 1992, en la cual luego de efectuarse un análisis pormenorizado de las razones por las cuales, cada uno de los

artículos de dicho decreto infringía tanto el preámbulo de la Constitución Política de 1991 como varios de los preceptos contenidos en algunos de sus artículos, se hizo el siguiente estudio de las distintas disposiciones que lo integran y que conforman un haz, una unidad normativa tanto formal como materialmente, que resulta perfectamente inescindible:

"Un análisis integral de las normas acusadas permite establecer que mediante ellas se hicieron nugatorias las garantías que otorgaba la carrera administrativa a quienes ya estaban inscritos en ella, por cuanto se dio al nominador la posibilidad de disponer la insubsistencia de los nombramientos respectivos, en apariencia por aplicación de nuevas causas legales, pero realmente por su autónoma y libre voluntad, en ejercicio de facultades discrecionales que riñen con los caracteres sobresalientes de toda carrera, cuales son la estabilidad del empleado y la incidencia del mérito en su permanencia y promoción dentro del servicio y que, fuera de eso, introdujeron varios factores de desigualdad ante la ley entre trabajadores en idénticas circunstancias objetivas.

En efecto, del estudio conjunto de los artículos 4o., 7o., 8o., y 9o. del Decreto 1660 de 1991 se concluye que, en primer lugar, las figuras de la **insubsistencia con indemnización** (Capítulo II) y el **retiro voluntario mediante bonificación** (Capítulo III) - concebidas por la Ley 60 de 1990 como dos sistemas diferentes de retiro del servicio cuyo denominador común era la compensación pecuniaria, pero que se distinguían en su origen, pues la una procedía de la voluntad de la administración y la otra de la del empleado - en el decreto acusado se entrelazaron de tal manera que prácticamente se convirtieron en una sola, a lo cual contribuyó en especial la evidente falta de técnica legislativa.

Así, se puede observar que el numeral e) del artículo 4o. del decreto, norma destinada a prever las causales para la insubsistencia con indemnización, expresó que dicha medida se podría adoptar "dentro de un Plan Colectivo de Retiro Compensado", es decir, en los casos y con las características indicadas en el Capítulo III estructurado para fijar las reglas propias de la otra nueva causal prevista en la Ley 60 de 1990.

En consecuencia, al tenor de dichas normas, un trabajador que no pueda ser catalogado dentro de ninguna de las cuatro primeras causas de insubsistencia con indemnización contempladas por el artículo 4o., puede ser objeto de la misma si se lo incluye, según el criterio subjetivo de la administración, en un Plan Colectivo de Retiro Compensado Mixto o Voluntario. Como se puede concluir de la lectura del artículo 7o., ésta es una decisión para la cual la entidad administrativa no está limitada por causales imputables al trabajador ni condicionada en forma alguna distinta de la aprobación previa del CONFIS (artículo 9o.) pero en relación específica con la "conveniencia fiscal y financiera" del Plan correspondiente, y la eventual aprobación formal de la planta de

personal, por parte del Departamento Administrativo del Servicio Civil, si el Plan implica su modificación.

Resulta, pues, del todo indiferente que la situación del trabajador encaje en alguna de las causales del artículo 4o. y, además, tampoco importa si pertenece o no pertenece a la Carrera Administrativa, según lo dispone el artículo 7o. Esto choca con los ya enunciados principios básicos de toda carrera y, adicionalmente, lesiona el principio de igualdad ante la ley, en cuanto se da idéntico trato a personas que legalmente se encuentran en circunstancias y condiciones diferentes.

Pero por otra parte, teniendo en cuenta que el Decreto 1660 no derogó expresamente, la normatividad que venía rigiendo, ni tampoco lo hizo tácitamente, pues frente a ella no se tiene una contradicción como la exigida por el artículo 21 y ninguna disposición del decreto previó que al entrar en marcha un Plan Colectivo quedara la administración despojada de sus atribuciones ordinarias, es claro que el trabajador de libre nombramiento y remoción permanece expuesto a la declaratoria de insubsistencia ordinaria (sin indemnización), lo cual representa de nuevo la ruptura del principio de igualdad ante la ley, pues de tal clase de empleados unos (los que la administración escoja) tendrán derecho a que se los indemnice por la declaratoria de insubsistencia, al paso que los demás no contarán con esa posibilidad.

A este respecto la Corte no puede admitir el argumento según el cual, como las disposiciones acusadas no incluyen en su propio texto las posibilidades enunciadas, no habría en ellas un desconocimiento del principio garantizado por el artículo 13 de la Carta Política.

En materia de igualdad, para romperla o ignorarla no es necesario plasmar una norma en cuyo texto estén contenidos todos los extremos de la discriminación, sino que basta introducir el elemento discriminatorio, como ocurre en este caso cuando los preceptos cuestionados permiten que unos empleados de libre nombramiento y remoción sean indemnizados por su declaratoria de insubsistencia al paso que la regla general consagrada en la ley vigente es la contraria, sin que exista razón objetiva para distinguir entre ellos.

Idéntica glosa merecen tales disposiciones en cuanto hace a los trabajadores inscritos en la carrera administrativa, ya que mientras algunos de ellos (los incluídos en el "Plan Voluntario") están llamados a gozar de una "bonificación" si acceden a presentar en tiempo la **solicitud de retiro** - que obviamente, excepto por la "invitación" que formula el nominador - en nada se diferencia de la **renuncia**, los no invitados que deseen voluntariamente separarse del cargo deben renunciar sin beneficio alguno diferente al pago de sus prestaciones ordinarias.

No es difícil concluir la abierta infracción de los artículos 13 y 125 de la Constitución, cuyos perentorios mandatos ya han sido expuestos, y, claro está,

de su preámbulo, uno de cuyos fines consiste en realizar los valores de la **igualdad** y la **justicia,** y que expresamente señala al Estado Colombiano como postulado de su acción el de garantizar un orden económico, político y social justo".

Así las cosas, esto es, ante el hecho cierto de la desaparición del ámbito jurídico del Decreto 1660 de 1991, para cuya adecuada ejecución se expidió el Decreto 2100 de ese año, este estatuto reglamentario perdió obviamente sus fundamentos de derecho, su fuerza ejecutoria, quedando huérfano de sustento jurídico que le permita subsistir en el concierto normativo que constituye el ordenamiento jurídico del país.

Por lo anterior, se impone declarar su nulidad, como lo impetra el demandante.

Empero, como esta Corporación ya se pronunció acerca de la legalidad parcial del Decreto demandado, habiéndose declarado la nulidad del inciso 2o. del artículo 1o., el inciso 2o. del artículo 20, el parágrafo del artículo 8o y el artículo 12, según sentencia del 17 de septiembre de 1993 (Expediente No. 6196, actor: Jorge Eliud Villa Taborda, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora), la Sala dispondrá que en relación con estas normas, se esté a lo dispuesto en el mencionado proveído.

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.- En relación con el inciso 2o. del artículo 1o., el inciso 2o. del artículo 20, el parágrafo 8o. y el artículo 12 del Decreto 2100 del 6 de septiembre de 1991, expedido por el señor Presidente de la República, estése a lo resuelto en la sentencia proferida por esta Sección el 17 de septiembre de 1993, con ponencia del Doctor Carlos A. Orjuela Góngora, dentro del proceso instaurado por Jorge Eliud Villa Taborda, Expediente No. 6196.

2o.- Declárase la nulidad de las demás disposiciones del Decreto 2100 de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE a los señores Directores de los Departamentos Administrativos de la Presidencia de la República y de la Función Pública, y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día 17 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL/JORNADA LABORAL/TURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS-Liquidación.

El artículo 14 del Decreto 1652 de 1977 establece que los funcionarios de la Seguridad Social que laboren en días domingos y festivos, tendrán derecho al descanso compensatorio y al recargo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo sobre trabajo dominical y festivo. A su vez, el artículo 179 del C. S. T., establece que el trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del ciento por ciento sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de haber laborado la semana completa. Y el artículo 4o. del Acuerdo 05 de 1979 que reglamenta el sistema y forma de pago del trabajo prestado por el personal del Instituto de Seguros Sociales, que hay lugar al pago de horas extras cuando se labora en horas que exceden la jornada ordinaria de trabajo, en empleos que por naturaleza del servicio requieren un funcionamiento sin solución de continuidad mediante trabajo por el sistema de turnos y cuyas aplicaciones no constituyen trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo en dominicales y festivos, cuando se labora en forma ordinaria o por turnos se remunera con un recargo del 100% sobre el salario ordinario devengado por el funcionario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4861. Autoridades Nacionales. Actor: *Luis Gabriel Ossa Arbeláez.*

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las súplicas de la demanda. Está, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., impetra las siguientes declaraciones:

PRIMERA- Que se declare que ha operado el silencio administrativo negativo en relación con la petición formulada por el demandante.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad del acto administrativo negativo configurado por apariencia de dicho silencio.

TERCERA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, el I.S.S. sea condenado a reconocerla y pagarle al demandante los valores correspondientes a los siguientes conceptos:

A. Los recargos que corresponden a la jornada nocturna y trabajo suplementario y de horas extras.

B. El valor que corresponde a la sobrerremuneración por trabajo dominical y festivo, de conformidad con las disposiciones legales pertinentes arriba citadas.

CUARTA.- Ordenar la reliquidación de la prima de servicios y disponer que en el futuro se proceda de igual forma.

QUINTA.- Que las sumas adeudadas se reajusten tomando como base el índice de precios al consumidor a título de daño emergente, tal como lo dispone el artículo 168 del C. C. A.

SEXTA.- Que se reconozca el interés corriente que certifique la Superintendencia Bancaria o en su defecto, el interés legal sobre el monto total de lo que el I.S.S. adeude al demandante y a título de lucro cesante.

SEPTIMA.- Que se reconozcan los intereses moratorios sobre la deuda a la tasa del doble interés bancario corriente.

OCTAVA.- Que a la sentencia se le dé cumplimiento en el término establecido en el artículo 176 del C. C. A.

Para fundamentarlas, adujo los hechos y sostuvo que el acto administrativo acusado quebrantó las disposiciones legales que a continuación se transcriben:

"1.- El doctor LUIS GABRIEL OSSA ARBELAEZ trabaja al servicio de la entidad demandada como funcionario de la Seguridad Social desde el 18 de julio de 1972 y en el oficio de Auxiliar de Urgencias León XIII.

2.- En dicho carácter el mencionado profesional trabaja en las modalidades de turnos de lunes a domingo (incluyendo festivos) establecidos por el I.S.S., con un salario de$ 136.834.oo.

3.- De acuerdo con el artículo 14 del Decreto 1652 de 1977, los dominicales y festivos cuando se labora en forma habitual deben liquidarse en la forma establecida por el Código Sustantivo del Trabajo. La Oficina Jurídica Nacional del I.S.S. -División de Asuntos Laborales- en oficio OJN-DAL- No. 03565 del 31de octubre de 1984, interpretando las previsiones del Código Sustantivo del Trabajo, señala que: "El dominical y festivo se paga doble, sin perjuicio de la remuneración ordinaria de dicho día, y además, se debe dar un descanso remunerado a quienes trabajan en turnos".

4.-La Seccional del I.S.S. de Antioquia no está dando cumplimiento a lo anteriormente señalado.

5.- No se entiende por qué siendo el I.S.S. un establecimiento público de orden nacional, con una personalidad jurídica única, algunas seccionales del I.S.S., -entre ellas Antioquia-, a diferencia de otras, no se sujetan a las directrices trazadas por la Dirección Nacional, en el acto a que hace referencia el numeral anterior y a la circular de septiembre 17 de 1985, expedida por la Subdirección de Personal Nacional.

6.- Los recargos por laborar más de la jornada ordinaria, en domingos y festivos, reconocidos por el Decreto 1652, artículos 12 y 13 que remiten al Código Sustantivo del Trabajo, no se están reconociendo en la Seccional de Antioquia.

7.- Al tener derecho al descanso compensatorio remunerado, se trabaja más de la jornada laboral y, por lo tanto, deben reconocerse como horas extras.

8.- El demandante presentó reclamación ante el Director General del I.S.S. el 17 de enero de 1986, sin que hasta el momento se le haya notificado decisión expresa, que conceda o niegue lo pedido.

9.- Al haber transcurrido más de tres meses sin que se haya notificado decisión expresa que conceda o niegue lo pedido, con fundamento en el artículo 40 del C. C. A., se configura un acto administrativo de carácter presunto.

Estima el actor que con la actitud negativa de la entidad demandada, de la cual se infiere un acto administrativo desestimatorio, se violan las siguientes disposiciones: artículos 12, 13 y 14 del Decreto 1652 de 1977; 168 numerales 1, 2 y 3; 179 y 180 del Código Sustantivo del Trabajo; 2 y 13 del Decreto 2351 de 1965; Decreto 113 de 11 de enero de 1986; Decreto 1653 de 1977, artículo 15.

Como concepto de la violación expone:

"El acto acusado debe ser anulado por infracción a las normas a las cuales debe estar sujeto (violación a la Ley)".

En efecto: según el Decreto-Ley 113 de 1986, la jornada de trabajo para los funcionarios de la Seguridad Social será de cuarenta y cinco (45) horas semanales en

empleos de tiempo completo y de un número proporcional de horas en empleo de tiempo parcial. Antes de la vigencia de dicha disposición, la jornada era de cuarenta y ocho (48) horas. Sin embargo, como el demandante en el caso *sub-lite* labora habitualmente por el **sistema de turnos**, de lunes a domingo, incluyendo festivos, su jornada de trabajo durante la semana resulta superior a las cuarenta y ocho (48) horas que es el máximo legal, y con mayor razón a las cuarenta y cinco (45) horas establecidas en el Decreto arriba mencionado, sin que se le haya pagado su valor con los recargos de rigor, según se deduce de la demanda.

Sin embargo, tal como lo dispone el artículo 12 literal c) del Decreto 1652 de 1977, el pago de las horas extras se liquidará de acuerdo con las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales -estas últimas- establecen en su artículo 168, un recargo del 25% sobre el valor del salario ordinario diurno en el caso de trabajo extra diurno; del 75% cuando se trata de trabajo extra nocturno, y del 35% del trabajo nocturno por el sólo hecho de serlo, lo que también está previsto para funcionarios de la Seguridad Social en el artículo 13 del Decreto 1652 de 1977.

En igual sentido ocurre con el trabajo que realiza el demandante en los días dominicales y festivos, situación que sucede de manera habitual en virtud de turnos que tiene establecido el I.S.S., a pesar de lo cual la entidad no paga este trabajo, de conformidad con las disposiciones legales que regulan esta materia y que al efecto son las siguientes:

- El artículo 14 del Decreto 1652 de 1977, consagra el derecho al descanso compensatorio y al recargo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo sobre trabajo dominical y festivo de los funcionarios de la Seguridad Social que laboren en tales días.

- A su vez el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 179, subrogado por el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965 ordena que el trabajo dominical o día de fiesta se remunera con un recargo del 100% sobre el salario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

- Y el artículo 13 de este mismo Decreto prevé la situación del trabajador que labore en día de descanso obligatorio, al cual tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado,sin perjuicio de la remuneración en dinero prevista en el artículo anterior.

El caso es que al demandante no se le reconoce por su trabajo en día de descanso obligatorio, la remuneración ni el valor del descanso remunerado, que establece la Ley.

Sobre este particular la Oficina Jurídica de la entidad demandada se había pronunciado en oficio No. 03565 del 31 de octubre de 1984 y en circular del 17 de septiembre de 1985, manifestando que el dominical o festivo se paga doble sin perjuicio

de la remuneración ordinaria de dicho día y además se debe dar un descanso remunerado a quienes trabajan por turnos.

En idéntico sentido se pronunció el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en circular 017 de noviembre 9 de 1978 y 098 de febrero 18 de 1984. Lo particular de esta situación es que el I.S.S., a pesar de ser un establecimiento público de orden nacional, la Seccional de Antioquia no se ajusta a la directriz trazada por la Dirección Nacional, lo que no sucede con otras seccionales.

Como consecuencia de no haberse pagado en debida forma los conceptos que se han venido exponiendo, la liquidación de algunas prestaciones establecidas en el Decreto 1653 de 1977 resultan deficitarias. Tal sucede en efecto con la prima de servicios reconocida en el artículo 15, a razón de un mes de remuneración pagadero en los meses de junio y diciembre, y cuya base de liquidación según el artículo 16 del mismo Decreto debe tomar en cuenta, entre otros factores el valor del trabajo en dominicales y festivos y del trabajo supletorio o de horas extras".

DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal *a-quo*, después de hacer una síntesis de los hechos de la demanda y de analizar las diferentes formas del C. S. T. que rigen la materia, para denegar las pretensiones de la demanda, expuso:

> "En la inspección judical que se verificó en la Oficina de Subgerencia de Personal del Instituto en la ciudad de Medellín (folio 43) se constató que día a día y mes por mes los jefes de los distintos servicios elaboraron la relación del horario normal que cumple cada empleado, las horas hábiles laboradas, las horas festivas etc. y por lo tanto, dispuso que los peritos determinaran la remuneración que recibió el demandante discriminando lo percibido por festivos, dominicales, extras, etc.
>
> Sin embargo al analizar en detalle los cuadros que presentaron los auxiliares de justicia (folios 81 y ss.) se advierte que dicho estudio adolece de fallas graves que impiden establecer a ciencia cierta si asiste razón o no en todos sus acertos al demandante, pues apenas aparecen discriminadas las horas nocturnas extras y las diurnas y nocturnas laboradas, cuya liquidación en forma global no merece reparos; las elaboradas en dominicales y festivos, no se discriminaron semana por semana y se ignora si se otorgó descanso compensatorio remunerado.
>
> No puede pasarse por alto que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido constante desde hace varios años al exigir que quien alega haber servido en días dominicales y festivos debe demostrarlo, con respecto a cada ocasión, pues se presume que el empleador en cumplimiento de la Ley otorga el descanso en dominicales y festivos.
>
> Ese criterio jurisprudencial resulta valedero y aplicable al evento *sub-júdice* y en consecuencia se desecharán las pretensiones de la demanda".

DEL CONCEPTO FISCAL

Al descorrer el traslado de rigor, la Agente Fiscal Quinto de la Corporación estima que las pretensiones deben denegarse y al efecto, en lo pertinente, expuso:

"Conforme a los elementos de juicio que obran en el expediente, especialmente el dictamen pericial emitido en primera instancia, se puede advertir que únicamente se prestaron horas extras diurnas y nocturnas durante los años 1983 y 1984 y en el mes de enero de 1985 (tan solo diurnas), las que fueron pagadas con sus recargos correspondientes, del 25% y 75%. Así mismo, el recargo del 35% por trabajo ordinario nocturno fue pagado en legal forma, conforme a la relación de trabajo adjunta (folio 81).

Por otro lado, en lo que toca con las horas de trabajo prestadas en los días domingos y festivos, precisa anotar que fueron pagadas según la prueba atrás aludida, de acuerdo con el salario hora base. Lo que sí aparece acreditado es que no hubiera disfrutado del descanso compensatorio remunerado por haber laborado habitualmente en estas fechas. Siendo ello así, y si se pretendía por parte del accionante el pago de tiempo doble laborado, ha debido demostrarse.

Por lo demás, se estima, o al menos así lo interpreta esta Agencia Fiscal, que el número de horas laboradas y el valor pagado descrito en el dictamen pericial, únicamente hacen relación al recargo efectuado. Vale decir, si por ejemplo el actor trabajó en el mes de enero de 1983 setenta y ocho (78) horas en días domingos y festivos, ha de entenderse que recibió su remuneración mensual correspondiente ($67.632.oo) más $21.981.oo que se constituyen en el 100% de recargo por trabajar en esas fechas. Es claro, entonces, que las sumas pagadas sí corresponden a los recargos por trabajo dominical y festivo prestado.

Así las cosas, no se requiere abundar en razonamientos adicionales para llegar a concluir que las súplicas de la demanda impetradas en libelo inicial deben ser despachadas desfavorablemente, tal y como fue resuelto en el fallo apelado que merece ser confirmado".

No encontrándose causas que puedan viciar la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Impetra el demandante con la acción incoada (nulidad y restablecimiento del derecho), la nulidad del acto ficto proveniente del silencio administrativo, por el cual el I.S.S. denegó el reconocimiento y pago de los recargos correspondientes al trabajo de horas extras diurnas y nocturnas, y sobrerremuneración por trabajo en dominicales y festivos.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, como se ha visto, denegó las pretensiones de la demanda arguyendo que el dictamen pericial "adolece de fallas graves que impiden

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

establecer a ciencia cierta si asiste razón o no al demandante, pues apenas aparecen discriminadas las horas extras diurnas y nocturnas, cuya liquidación en forma global no merece reparos; las laboradas en dominicales y festivos no se discriminaron semana por semana y se ignora si se otorgó descanso compensatorio remunerado".

Ahora bien, las normas del C.S.T., aplicables al caso *sub-lite* por expresa remisión que a ellas hacen los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 1652 de 1977, establecen que el trabajo nocturno, por el sólo hecho de ser nocturno, se remunera con un recargo del 35% sobre el valor del trabajo diurno. El trabajo extra diurno y el trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del 75% sobre el valor del trabajo diurno. El dictamen rendido por los peritos da cuenta de las horas extras diurnas nocturnas y de las horas de trabajo nocturno laboradas por el demandante discriminadas mes por mes y año por año, las cuales fueron pagadas de acuerdo con lo estatuído en el artículo 168 del C.S.T. antes citado.

El artículo 14 del Decreto 1652 de 1977 establece que los funcionarios de la Seguridad Social que laboren en días domingos y festivos tendrán derecho al descanso compensatorio y al recargo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo sobre trabajo dominical y festivo. A su vez, el artículo 179 del C. S.T. establece que el trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del 100% sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa. Y el artículo 4o.del Acuerdo 05 de 1979 que reglamenta el sistema y forma de pago del trabajo prestado por el personal del Instituto de Seguros Sociales, que hay lugar al pago de horas extras cuando se labora en horas que exceden la jornada ordinaria de trabajo, en empleos que por la naturaleza del servicio, requieren un funcionamiento sin solución de continuidad mediante trabajo por el sistema de turnos y cuyas ampliaciones no constituyen trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo en dominicales y festivos, cuando se labora en forma ordinaria o por turnos, se remunera con un recargo del 100% sobre el salario ordinario devengado por el funcionario.

Se tiene de autos que el autor laboraba en el Instituto de los Seguros Sociales por el sistema de turnos, por lo que ha de entenderse que las labores realizadas en domingos y festivos no tienen la significación de trabajo extra o suplementario, correspondiendo, por ende, a horario de trabajo ordinario, lo que al tenor de las normas anteriormente citadas, se remunera con un recargo del ciento por ciento por el solo hecho de ser trabajo realizado en dominicales y festivos.

Como bien lo anota la Agente Fiscal Quinto de la Corporación y de acuerdo con el dictamen pericial, al actor se le reconocieron y pagaron los valores correspondientes a este recargo del 100% por haber laborado en dominicales y festivos, entendiéndose que el salario ordinario le fue cancelado en forma habitual.

En cuanto a los días de descanso compensatorio por haber laborado habitualmente en días de descanso obligatorio, no demostró el actor que en realidad fueran habituales, razón por la cual estima la Sala que deben desatenderse las pretensiones de la demanda sobre tal punto.

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 27 de octubre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este asunto.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día 17 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA/PROCESO DISCIPLINARIO/SANCION DISCIPLINARIA/DESTITUCION/MINISTRO DE JUSTICIA-Funciones/**JUNTA DE LA CARRERA PENITENCIARIA**-Concepto

La destitución, como máxima sanción que se le puede imponer a un funcionario público, requiere para su adopción de un proceso disciplinario dentro del cual deben cumplirse los requisitos previamente establecidos por la Ley. El incumplimiento de uno de ellos, por tener el carácter de normas de procedimiento son de orden público, vicia de nulidad el acto que así se profiera. Ahora bien, el procedimiento disciplinario aplicable a los funcionarios de la rama penitenciaria y carcelaria contenido en el Decreto 2655 de 1973 ordena en su artículo 61 que la sanción de destitución sólo podrá ser impuesta por el Ministro de Justicia, previo el concepto y la recomendación de la Junta de la Carrera Penitenciaria. Como dentro de la prueba arrimada al proceso no aparece el citado concepto, que si bien no obliga a la entidad nominadora, no se puede pretermitir por expreso mandato del citado artículo 61.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 8204. Autoridades Nacionales. Actor: Juan de Jesús Serna Segura.

Corresponde a la Sala decidir acerca de la consulta dispuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto del fallo de 23 de febrero de 1993, por medio de la cual se accedió a las pretensiones formuladas en el libelo correspondiente.

ANTECEDENTES

1.- De la demanda.

El *petitum* ha sido formulado así en la demanda que originó este proceso:

a) Que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 008 del 18 de enero de 1983, por medio de la cual se destituyó del cargo de Director, código 5070, grado 11 de la Cárcel del Circuito de Abejorral (Antioquia) al señor Juan de Jesús Serna Segura, y 2097 de 7 de julio del mismo año por la cual se confirma la providencia anterior; ambas expedidas por el Ministro de Justicia.

b) Que como consecuencia de la nulidad decretada se ordene al Ministerio el reintegro del demandante al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría.

c) Se condene a la entidad demandada a pagar todos los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de su desvinculación y hasta cuando se produzca el reintegro y, finalmente, que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio de sus funciones. Debiéndose dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941).

Para fundamentar las anteriores peticiones el apoderado de la parte demandante expone, en síntesis, los siguientes hechos:

a) El actor prestó sus servicios al Ministerio de Justicia hasta el 18 de enero de 1983, fecha en la cual fue destituído del cargo de Director, código 5070, grado 11 de la Cárcel del Circuito de Abejorral (Antioquia). Dentro del término legal interpuso el recurso de reposición contra el acto administrativo de destitución, quedando agotada la vía gubernativa.

b) La administración tomó la determinación de desvincularlo del servicio, con el argumento de que el actor no ejercía el control sobre los pagos, que como contraprestación de trabajo se hacía a los internos, y porque omitió abrir una investigación disciplinaria en contra de un subalterno que dio muerte a un equino.

c) El Departamento Administrativo del Servicio Civil, por medio de la resolución número 470 de 1971 lo inscribió en la carrera administrativa penitenciaria.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estima la parte demandante que con el acto administrativo acusado se violaron los artículos 26 de la Constitución; 49, 84, 44 numeral 5 y 61 del Decreto 2655 de 1973; 137 del Decreto 1950 de 1973, arguyendo, para ello, que el régimen disciplinario aplicable

al personal del ramo carcelario establecido en el Decreto No. 2655 de 1973 no fue observado por el Ministro de Justicia al expedir el acto de destitución, pues "las faltas supuestamente cometidas por el destituído señor Serna Segura" no constituyen faltas graves sancionables con la desvinculación del servicio, es decir, "las probables omisiones en el contrato no han dado lugar a pérdidas o robo de café, o al no pago de los emolumentos a los presidiarios, configurándose una situación que no puede ser calificada como grave, pues en ninguna forma se puede comprobar **la participación en hechos delictivos o culposos desde el punto de vista administrativo,** que es exactamente el sentido del Decreto". Además, arguye el libelista, no existe el concepto previo de la Junta de la Carrera Penitenciaria, que si bien no es obligatorio, es un requisito legal que se requiere para los casos de destitución de personal penitenciario. Tampoco se tuvo en cuenta para proferir el acto, los atenuantes contemplados en los numerales 1o. y 5o. del citado Decreto 2655 de 1973.

DE LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal *a-quo* accedió a las pretensiones de la demanda con el argumento de que el cargo consistente en la ausencia de libro de contabilidad y de no ejercer el control adecuado sobre el café que ingresaba al establecimiento carcelario, así como la de no expedir recibos a los reclusos por las sumas entregadas como contraprestación a sus labores, se encuentra desvirtuado en la investigación disciplinaria. En lo relacionado con la reincidencia, tampoco encuentra que se justifique la sanción, porque, de conformidad con el artículo 49 del Decreto 2655 de 1973, se considera como reincidencia la repetición de faltas disciplinarias que hayan causado suspensión. El artículo 137 del Decreto 1950 de 1973 aplicable al caso en estudio, enseña que la reincidencia se configura cuando el inculpado ha incurrido en una falta de la misma naturaleza y sancionado por ella dentro de un término de 12 meses anteriores a la falta que se va a sancionar.

Con relación a la falta del concepto de la Junta de la Carrera Penitenciaria, observa el *a-quo* que, en verdad, no se oyó a la referida Junta antes de destituir al actor, lo que hace anulable el acto en esa forma proferido, porque aunque este concepto no obliga a la entidad nominadora, es un requisito que no se puede pretermitir.

En cuanto a la graduación de la sanción, la administración no tuvo en cuenta la buena conducta anterior observada por el funcionario, es decir, no se dio aplicación a los atenuantes de que habla el numeral 1o. del artículo 44 del Decreto 2655 de 1973 y, finalmente, en cuanto al cargo que se hace al actor por no haber sancionado a un subalterno que diera muerte a un equino, es un hecho que no está debidamente comprobado en el proceso disciplinario.

DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Al descorrer el traslado de rigor el señor Agente del Ministerio Público acreditado ante el Consejo de Estado, acorde con lo expuesto por el Tribunal de instancia, es del parecer de que la sentencia consultada amerita confirmarse (folios 283 a 286).

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Conforme a la demanda, los fundamentos de la impugnación de las resoluciones por las cuales se destituyó al actor del cargo de Director de la Cárcel del Circuito de Abejorral (Antioquia), radica en las irregularidades en que, en su sentir, incurrió la administración al tramitar el proceso disciplinario seguido en su contra.

En reiteradas jurisprudencias ha sostenido la Sala que la destitución, como máxima sanción que se le puede imponer a un funcionario público. requiere para su adopción de un proceso disciplinario dentro del cual deben cumplirse los requisitos previamente establecidos por la Ley. El incumplimiento de uno de ellos por tener el carácter de normas de procedimiento son de orden público, vicia de nulidad el acto que así se profiera.

Ahora bien, el procedimiento disciplinario aplicable a los funcionarios de la rama penitenciaria y carcelaria contenido en el Decreto 2655 de 1973, ordena en su artículo 61 que la **sanción de destitución sólo podrá ser impuesta por el Ministro de Justicia, previo el concepto y la recomendación de la Junta de la Carrera Penitenciaria.** Como dentro de la prueba arrimada al proceso no aparece el citado concepto, que si bien no obliga a la entidad nominadora, no se puede pretermitir por expreso mandato del citado artículo 61, la Sala no cree del caso mayor abundamiento para concluir que, en efecto, la sanción de destitución se aplicó sin el cabal cumplimiento del proceso disciplinario, y, por ende, que la desvinculación hecha de tal forma resulta contraria a derecho por violación flagrante del precitado artículo 61 del Decreto 2655 de 1973.

Por lo demás, la Sala compartiendo los criterios expuestos desde sus distintas posiciones por el Tribunal del Conocimiento y por la Agencia Fiscal del Estado, los hace suyos para que formen parte integral de este proveído, estima que la sentencia consultada amerita confirmarse.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 23 de febrero de 1993 proferida por el Tribunal Administractivo de Cundinamarca, por la cual accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Juán de Jesús Serna Segura.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día 17 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL/CALIFICACION DE SERVICIOS/ACTO DE TRAMITE/CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia

La Sala se ha ocupado ya de asuntos similares a éste donde resulta cuestión central la definición de la naturaleza del acto impugnado, y ha concluído luego de estudiar la preceptiva de los textos pertinentes del Decreto-Ley 052 de 1987, que se trata de actos administrativos de trámite y como tales no sujetos al control jurisdiccional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 3809. Autoridades Nacionales. Actor: María Plauxcila Núñez vda. de Núñez.

Decide la Sala la demanda de María Plauxcila Núñez vda. de Núñez contra las resoluciones Nos. 001 del 31 de mayo de 1988 y 005 del 15 de junio de 1988 proferidas por el Juez Segundo Civil Municipal de Duitama, Boyacá.

La Demanda:

El señor Juez Segundo Civil de Duitama, Boyacá, calificó a María Plauxcila Núñez vda. de Núñez, Secretaria del Juzgado e inscrita en la Carrera Judicial, mediante la resolución No. 001 del 31 de mayo de 1988 y le fue notificada, por lo que oportunamente la empleada interpuso recurso de reposición que se le desató adversamente, según la resolución No. 005 del 15 de junio de 1988.

Contra estos actos, la empleada ejerció la acción del artículo 85 del C.C.A., alegando la violación de las siguientes normas: del artículo 83 del Decreto 250 de 1970 y 153 del Decreto 1660 de 1978, que conforme a sus propias expresiones imponen calificar con imparcialidad y sin reticencias, considerando únicamente los intereses de la Administración, como no se procedió respecto de ella por las constantes manifestaciones de enemistad del superior hacia su colaboradora; del artículo 48 del Decreto 052 de 1987 porque no se tuvo en cuenta los resultados de las visitas reglamentarias;del artículo 63 *ibídem* porque no lo tuvo en cuenta para efectos de iniciar la investigación disciplinaria correspondiente, en razón a las faltas de los funcionarios y empleados contra la dignidad y la administración de justicia (folios 4-13). Igualmente denunció la violación de normas constitucionales tales como los artículos 16 y 17 de la codificación de 1886 y del artículo 84 del C. C. A. (folios 4-13).

Admitida la demanda el Ministerio de Justicia expresó que el juez cumplió lo ordenado en el Decreto 052 de 1987 evaluando el trabajo y la conducta de su subalterna, como correspondía conforme lo determinaba la legislación vigente (folios 124-127).

En el período probatorio se recibieron las declaraciones de Laureano Arenas Ayala (folios 208-210), Domingo Garzón Morales (folios 210-213) y Pablo López Vargas (folios 213-216), sobre los cuales la Sala volverá en su momento. Las partes no alegaron y como no se observa motivo de nulidad procesal de la actuación, procede decidir sobre la demanda, previas siguientes

CONSIDERACIONES:

Las resoluciones impugnadas fueron emitidas bajo la vigencia del Decreto-Ley 052 del 13 de enero de 1987, expedido para revisar, reformar y poner en funcionamiento el Estatuto de la Carrera Judicial, y tal como reza su artículo 142 modificó las normas del Decreto-Ley 250 de 1970 y de contera su reglamento, el Decreto 1660 de 1978. En dicho orden de ideas, la Sala no se detendrá en el estudio de los cargos formulados por presuntas violaciones de normas derogadas con anterioridad a la expedición de los actos administrativos debativos.

La Sala se ha ocupado ya de asuntos similares a éste donde resulta cuestión central la definición de la naturaleza del acto impugnado , y ha concluído luego de estudiar la preceptiva de los textos pertinentes del Decreto Ley 052 de 1987, que se trata de actos administrativos de trámite y, como tales no sujetos al control jurisdiccional.

En efecto, en la sentencia de febrero de 1994 proferida en el expediente No. 4409, se dijo:

> "De la lectura del artículo anterior infiere la Sala que cuando se trata, como en caso *sub-judice*, de calificaciones insatisfactorias de empleados inscritos en la "carrera", éstas no son más que actos de mero trámite cuya culminación sería la desvinculación del empleado mediante acto definitivo que pondría fin a la

actuación administrativa, concluyéndose, por ende, que las calificaciones insatisfactorias cuya nulidad se pretende con la demanda no pueden ser objeto de examen o decisión judicial, debiéndose declarar la inhibitoria para fallar sobre el fondo de las pretensiones.

Sobre este tópico, en asunto similar, esta Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 1o. de agosto de 1990 dijo:

"Para la Sala es claro que la eventualidad que caracteriza a estos últimos fines, la despoja de la posibilidad de tener relevancia jurídica para determinar con base en ellos si la calificación de servicios es un acto de trámite o definitivo, ya que una de las características de los actos de trámite o preparatorios es el hacer parte de una sentencia que debe culminar con la expedición del acto definitivo, so pena de quedar trunca la actuación definitiva".

Ahora bien, respecto de los fines que conforman el primer grupo, deben analizarse los efectos de la calificación de servicios según se trate de un funcionario o empleado de la rama en período de prueba o escalafonado en la carrera judicial, así:

A) **FUNCIONARIO O EMPLEADO EN PERIODO DE PRUEBA:**

Si las calificaciones del servicio son satisfactorias la actuación culmina con su nombramiento en propiedad (artículo 34 Decreto 052 de 1987) de donde se infiere que las calificaciones de servicio son actos de trámite.

Si las calificaciones del servicio son insatisfactorias , la actuación culmina con la declaratoria de insubsistencia motivada (artículo 35 *ibídem*), lo cual conduce a igual conclusión; que los actos son de trámite.

B) **FUNCIONARIO O EMPLEADO ESCALAFONADO:**

Si la calificación de servicio es satisfactoria, la persona continúa en el servicio y en el escalafón, sin necesidad de acto que así lo disponga; luego en este caso el acto es definitivo.

Si la calificación es insatisfactoria, da lugar a la suspensión en el escalafón por el término de un año, con pérdida de las prerrogativas del mismo, suspensión que es decretada por la Dirección Nacional de la Carrera Judicial, según el Acuerdo 029 de 1989 proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Tal circunstancia hace que en este caso la calificación de servicio sea un acto de trámite (artículo 51, inciso primero, *ibídem*).

La segunda calificación insatisfactoria, **tratándose de empleado,** da lugar a la insubsistencia en el nombramiento, luego el acto es de trámite.

Pero **tratándose de funcionario**, no será reelegido, de donde se deduce que la calificación es un acto definitivo (inciso segundo, *ibídem*).

Entonces, en el presente asunto como la calificación que se impugna es insatisfactoria y se trata de empleado, con base en lo anterior se concluye que, el acto que contiene es de trámite, que debe culminar con el acto de insubsistencia o de suspensión en el escalafón por el término de un año según el empleado se encuentre en período de prueba o escalafonado y se trate de la primera o segunda calificación insatisfactoria". (Actor: Carlos Omar Valle Quintana.- Consejero Ponente: Doctor ALVARO LECOMTE LUNA).

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:

Declárase inhibido para fallar en el fondo las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la presente providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala, en sesión del día 17 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO GREMIAL-Definición

Un sindicato tiene el carácter de gremial cuando agrupa "individuos de una misma profesión, oficio o especialidad"; esto implica que sus afiliados deben ser de la misma profesión o actividad, o tener la misma especialización.

SINDICATO GREMIAL-Inexistencia/**FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Los funcionarios de la seguridad social, según el Decreto Ley 1651 de 1977, son las personas naturales que desempeñan cargos asistenciales y administrativos distintos de los que están clasificados como desempeñados por trabajadores oficiales y empleados públicos, y de conformidad con el artículo 50 del mismo estatuto, tienen esa calidad administradores de hospitales públicos o de empresas, agentes de seguros, almacenistas, analistas de administración, de personal y de sistemas, archivero, arquitecto, de cocina, de enfermería; esto es, que de hecho tienen distintas profesiones, oficios y especialidades. Si como lo prevé el artículo 356 del C.S.T., es menester que todos los miembros de un sindicato gremial tengan la misma profesión, oficio o especialidad, y esta es la actividad que normal y habitualmente ejecuta un trabajador, resulta claro que los "funcionarios de la seguridad social", como tales, no pueden constituir un sindicato gremial, en conjunto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5330. Resoluciones Ministeriales. Actores: Jorge Niño Vera y otros.

Procede la Sala a resolver sobre la demanda que en acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoaron Jorge Niño Vera y otros contra las resoluciones Nos. 002773 del 24 de julio de 1989 y 004392 del 31 de octubre de 1989 dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que negaron el reconocimiento de personería jurídica a la entidad denominada "Sindicato Nacional de los Funcionarios de Seguridad Social del Instituto de Seguros Sociales", "FUNSOCIAL", y la aprobación de sus estatutos.

LA DEMANDA:

En el escrito de demanda (folios 46-57) y su adición (folios 59-67) se pide la nulidad de los actos ya mencionados, y como consecuencia de ello, el reconocimiento de la personería y la aprobación de los estatutos de una organización sindical cuya denominación sería la de "Sindicato Nacional de los Funcionarios de Seguridad Social del Instituto de Seguros Sociales", "FUNSOCIAL".

En los hechos se afirma que el 16 de marzo de 1989 se reunieron en la ciudad de Cali un grupo de funcionarios de la Seguridad Social del Instituto de Seguros Sociales, con el fin de constituirse en sindicato gremial con la denominación que ya se indicó; se integró la Junta Provisional correspondiente y se designó como Presidente al Dr. Jorge Niño Vera; posteriormente, se aprobaron los estatutos de la organización; se le remitieron sendas comunicaciones a las dependencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el Valle del Cauca y a la Gerencia General del ISS, a través de la Gerencia Regional respectiva; luego, se le pidió al Ministerio el reconocimiento de personería y la aprobación de los estatutos acompañando los documentos exigidos en la Ley para tales efectos; el Ministerio resolvió no reconocer dicha personería y al interponer el recurso de reposición confirmó esa decisión; la vía gubernativa quedó agotada con la notificación del último acto, el 22 de noviembre de 1989. Se agrega, además, que no se constituyó un sindicato de base porque ya existe uno en el ISS, y creen los demandantes que por ser todos funcionarios de la seguridad social lo procedente es constituir uno de gremio.

La Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) no se constituyó en parte; de otro lado, fue renuente a colaborar con el trámite del proceso, negándose en varias oportunidades a remitir la documentación que se le pidió.

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación planteó en su alegato (folios 123-129) la denegación de las súplicas de la demanda, en cuanto considera que los actos acusados se ajustaron a derecho.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Los actos acusados se sustentaron, en cuanto al aspecto de fondo de la controversia, en los siguientes planteamientos:

"....."

"De donde se colige que dicha calidad de funcionario de la Seguridad Social no es determinante para deducir que se trata de una profesión, oficio o especialidad, requisito (sic) esencial para la formación de un sindicato, conforme a la clasificación del artículo 356 literal c) del Código Sustantivo del Trabajo". (Hoja No. 2 de la resolución No. 002773 del 24 de julio de 1989; folio 3).

"....."

"La profesión hace referencia al ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte; el oficio es la ocupación habitual de una persona y la especialidad, conforme a la definición del Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas es: "Conocimiento Teórico o Práctico de índole particular dentro de una ciencia o arte".

"El artículo 3o. del Decreto 1651 de 1977, al señalar que los funcionarios de la Seguridad Social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar convenciones con el Instituto de Seguros Sociales para modificar las asignaciones básicas de sus cargos, lo que está consagrado (sic) es una prerrogativa para dichos funcionarios y no una profesión, oficio o especialidad particular de ellos".

"La categoría de funcionarios de la Seguridad Social que trae el Decreto en mención no implica en modo alguno que ella comprende un oficio, profesión o especialidad, conforme a la definición de estos términos y a lo que ellos comprende, sino que conlleva la facultad de la contratación colectiva, en el especialísimo punto de las asignaciones básicas de sus cargos, previa la asociación de los mismos en organizaciones sindicales del tipo o clase de las señaladas en el artículo 356 del C.S. del T.".

"Así las cosas, tenemos que el carácter gremial dado al sindicato que nos ocupa no está acorde a lo preceptuado en el Código Sustantivo del Trabajo para las

organizaciones gremiales" (Hoja No. 2 de la resolución No.004392 del 31 de octubre de 1989; folio 6).

Del mismo modo, es importante destacar que en el texto del proyecto de estatutos se lee que se trata de "una organización sindical de primer grado y gremial, de carácter nacional que representa a los funcionarios de Seguridad Social del ISS de todo el país..." (folio 8).

En ese orden de ideas, las decisiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social estuvieron bien fundamentadas desde el punto de vista jurídico.

Un sindicato tiene el carácter de gremial cuando agrupa "individuos de una misma profesión, oficio o especialidad", y esto implica que sus afiliados deben ser de la misma profesión o actividad, o tener la misma especialización.

El profesor español Alfredo Montoya Melgar, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, dice que los sindicatos de oficios o profesiones -gremiales en nuestro medio- **"agrupan a personas de una misma función u ocupación laboral"** ("Derecho del Trabajo, 3a. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, página 133).

El profesor Silvio Escudero Castro, tratadista nacional, dice al respecto que los miembros de los sindicatos gremiales "tienen la misma profesión, oficio u especialidad, mas no es necesario que le presten servicios a una o a varias empresas; ellos pueden constituirse en forma independiente (lustrabotas, voceadores de prensa, etc.), lo cual tampoco quita la posibilidad de existir al servicio de una empresa o de coexistir con el de empresa" ("Curso de Derecho Colectivo del Trabajo", 2a. edición, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1993, página 42).

El profesor Guillermo González Charry, también tratadista nacional citado por la Procuradora Quinta, dice al respecto que "al disolverse las corporaciones medievales por la rebelión de las agremiaciones de compañeros, surge la asociación de gentes especializadas en un mismo oficio" (Derecho Colectivo del Trabajo. 3a. edición, 1990. Ver: alegato del Ministerio Público, folio 125).

Los funcionarios de la seguridad social, según el Decreto Ley 1651 de 1977, son las personas naturales que desempeñan cargos asistenciales y administrativos distintos de los que están clasificados como desempeñados por trabajadores oficiales y empleados públicos; y de conformidad con el artículo 50 del mismo estatuto, tienen esa calidad administradores de hospitales públicos o de empresas, agentes de seguros, almacenistas, analistas de administración, de personal y de sistemas, archivero, arquitecto, de cocina, de enfermería, etc.; esto es, que de hecho tienen distintas profesiones, oficios y especialidades.

Si como lo prevé el artículo 356 del C.S.T., es menester que todos los miembros de un sindicato gremial tengan **la misma profesión, oficio o especialidad,** y ésta es la actividad que normal y habitualmente ejecuta un trabajador, resulta claro que los "funcionarios de la seguridad social", como tales, no pueden constituir un sindicato gremial, en conjunto.Por tanto, es evidente que los fundadores de esta organización no

reunían ni satisfacían los requisitos para constituir un sindicato gremial o de gremio. Probablemente, podrían integrar otra clase de sindicato, mas esa no es materia de la presente litis.

Quiere decir lo anterior que los actos acusados se ajustaron a la legalidad y por consiguiente, las pretensiones de la demanda no tienen 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:

Niéganse las súplicas de la demanda incoada por el doctor Jorge Niño Vera y otros contra las resoluciones Nos. 002773 del 24 de julio de 1989 y 004392 del 31 de octubre de 1989 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en su reunión del día 11 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente. *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA-Naturaleza Jurídica/**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/TRABAJADORES OFICIALES**-Generalidad/**CARGOS DE DIRECCION Y CONFIANZA/ EMPLEADOS PUBLICOS/ NORMA CONSTITUCIONAL**-Aplicación Local/ **SERVIDORES PUBLICOS**-Clasificación

Si la naturaleza de la Empresa de Teléfonos de Bogotá era de la empresa industrial y comercial del Distrito, para efectos laborales, sus servidores tenían, bajo vigencia, la calidad de trabajadores oficiales, excepto en los casos de los cargos de dirección o manejo en los que las personas que los desempeñan tienen la calidad de empleados públicos por aplicación del Decreto 3135 de 1968, sobre el cual se ha pronunciado en diversas ocasiones el Consejo de Estado, en el sentido de que es aplicable no sólo a los servidores del orden nacional sino también a los del nivel departamental, municipal y distrital.

SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/**COSA JUZGADA/*ERGA OMNES*/ EFECTOS *EX-TUNC***

La declaración de nulidad, según lo establecido en el artículo 175 del C.C.A., tiene efectos de cosa juzgada *"erga omnes"* e implica la invalidación del acto, desde el mismo momento que ha sido expedido, es decir, la sentencia retrotrae sus efectos en el tiempo hasta dicha fecha; sus efectos son *ex-tunc.*

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS/ CONTRATO DE TRABAJO-Regla Excepcional/**CONTRATO DE TRABAJO**-Demostración

Siendo, pues, el contrato de trabajo la excepción tratándose de los establecimientos públicos, cuando existe en estos una relación de tal

naturaleza, será necesario acreditarla en debida forma para despejar las dudas que puedan presentarse, pues, de lo contrario, en aplicación de las normas antes citadas no podrá tenerse por tal. Por ello, no es admisible la sola o escueta manifestación contenida, en la cual el Gerente de la empresa señala que el cargo del actor era de Auxiliar de Redes, y en cuanto a las funciones, de acuerdo con los estatutos de la entidad, "no son de las que corresponde a los Empleados Públicos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8540. Apelación Interlocutorios. Actor: Luis Alberto Muñoz Coy.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto del 22 de abril de 1993 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual declaró la nulidad de lo actuado en el proceso por falta de jurisdicción e inadmitió la demanda instaurada contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

Sobre el particular dijo el *a-quo* que en la audiencia de conciliación, el apoderado de la entidad demandada adujo "incompetencia de jurisdicción" en atención a que por Acuerdos Nos. 21 de 1987 y 1o. de 1992 del Concejo de la ciudad se modificó la denominación social de la Empresa y definió la naturaleza jurídica, y se la denominó como la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, "donde se continuará aplicando y celebrando Convenciones Colectivas que tienen carácter **contractual** de obligatorio cumplimiento con sus trabajadores, **quienes conservarán el carácter de trabajadores oficiales**" (folio 49).

Esta circunstancia, señala el Tribunal, muestra que el acto por el cual la entidad vinculó al actor tiene origen en un contrato de trabajo, de lo cual concluye que no es ésta la jurisdicción que conoce del asunto propuesto sino la ordinaria del trabajo, artículos 7o., 8o., 9o., 10o. y 11o. del Estatuto Procesal del Trabajo.

El apelante, por su parte, manifiesta no estar conforme con lo decidido puesto que el Acuerdo No. 21 de 1987 que establece la naturaleza jurídica de la entidad y le da el carácter de empresa industrial del Estado fue declarado ilegal por esa Corporación y, por lo mismo, "no podía servir de fundamento para proferir el proveído gravado". Respecto del Acuerdo 01 manifiesta que fue expedido con posterioridad a la desvinculación del actor y mal podía el Tribunal darle efectos retroactivos.(folio 51).

SE CONSIDERA:

El actor fue vinculado a la Empresa de Teléfonos de la ciudad mediante contrato de trabajo celebrado el 9 de marzo de 1993 para desempeñar las labores de obrero (Folio 152, cuaderno 2).

La entidad tenía en ese entonces, según se deduce de la documentación aportada, la calidad o naturaleza de establecimiento público descentralizado del Distrito, con personería jurídica y patrimonio propio, y estaba regida entre otros por el Acuerdo No. 72 de 1967 emanado del Concejo de la ciudad que reorganizó el establecimiento, y por los estatutos de que da cuenta la resolución No. 03 de julio 6 de 1977, la cual consagra tal naturaleza en su artículo 1o.

Esta situación imperó durante varios años y en 1987 fue definida la naturaleza jurídica en los términos del Acuerdo No. 21 de ese año, en el cual se dispuso que para efectos laborales son empresas industriales y comerciales de la administración descentralizada del Distrito la Empresa de Teléfonos de Bogotá y otras, conforme al artículo 2o. (Folios 29-30).

En vigencia del anterior régimen fue desvinculado el actor, según comunicación del 11 de junio de 1991, en la cual se manifiesta que la empresa "ha resuelto dar por terminada la relación laboral existente con usted, a partir de la fecha, de conformidad con la decisión adoptada por el Comité Disciplinario reunido el día 16 de mayo de 1991, tal como consta en el Acta No. 19" (folio 2).

Es claro, en consecuencia, que si la naturaleza de la Empresa de Teléfonos de Bogotá era la de empresa industrial y comercial del Distrito para efectos laborales, sus servidores tenían bajo su vigencia la calidad de trabajadores oficiales, excepto en los casos de los cargos de dirección o manejo en los que las personas que los desempeñan tienen la calidad de empleados públicos, por aplicación del Decreto No. 3135 de 1968 sobre el cual se ha pronunciado en diversas ocasiones el Consejo de Estado en el sentido de que es aplicable no sólo a los servidores del orden nacional sino también a los del nivel departamental, municipal y distrital.

Si bien tal situación no implicaría dificultad alguna para resolver el asunto propuesto, resulta que hoy las condiciones han cambiado sustancialmente ya que, como adujo el recurrente, el acuerdo citado al igual que el No. 06 de 1987 han sido declarados nulos por el Tribunal en sentencia del 12 de febrero de 1993, dentro de la acción de nulidad promovida contra tales actos, y ello tiene significativas consecuencias por los efectos que la declaración genera. La sentencia dictada se encontraba en firme para la fecha en que se dictó la providencia que se impugna, cuando el acto había sido declarado nulo.

La declaración de nulidad, según lo establecido en el artículo 175 del C.C.A., tiene efectos de cosa juzgada *"erga omnes"* e implica la invalidación del acto desde el mismo

momento que ha sido expedido, es decir, la sentencia retrotrae sus efectos en el tiempo hasta dicha fecha; sus efectos son ***ex-tunc***- Si ello es así, para decidir en esta oportunidad no podrá aplicarse el acto declarado nulo y será menester, en cambio, tener en cuenta las otras disposiciones de carácter especial, como sería el caso del Acuerdo No. 72 de 1967 señalado inicialmente y, según el cual, la empresa es un establecimiento descentralizado del Distrito, en donde las relaciones con los servidores son, por regla general, de carácter público; es pues la situación inversa a la que rige en las empresas comerciales e industriales del Estado, en donde la relación es, por regla general, de tipo contractual.

Sobre estos tópicos y la aparición en la legislación colombiana del contrato se ha referido la Corporación en sentencia del 26 de febrero de 1985:

"No se debe olvidar que el primer sistema de vinculación laboral con el Estado, exclusivo por largo tiempo, fue el legal y reglamentario, hasta que por una más intensa incursión de aquel en la órbita de las actividades industriales y comerciales que ejecutaban los particulares, apareció en la legislación colombiana la figura del contrato de trabajo como excepción a la regla general del empleo público, de la relación legal y reglamentaria, el cual se aplicó primero en el ámbito de las empresas oficiales y en el de las obras públicas, sin que el vocablo "obrero" que venía siendo usado tuviera referencia alguna de tipo contractual. Fue el artículo 4o. del Decreto Reglamentario No. 2127 de 1945 el que incorporó en el sector público, desde el punto de vista de la legislación, el contrato de trabajo que había aparecido en el sector privado, en virtud de la Ley 10 de 1934 que en ese aspecto modificó el Código Civil. La Ley 6a. de 1945 no se refirió específicamente a esa materia que trató su Decreto reglamentario".

"Entonces, por primera vez se dijo normativamente en el país, no mediante un precepto legal sino reglamentario, es decir, de carácter subalterno, que podía haber contratos de trabajo con el Estado, en actividades de "construcción o sostenimiento de las obras públicas", o en "empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por esos en la misma forma". Esa remuneración de entidades que no eran de derecho público y que obedecía a la intención de no dejar nada por fuera, en una época que no existía una clasificación de los organismos descentralizados, fue reducida por el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 a una sola clase de entidad: empresas industriales y comerciales del Estado, a las cuales se agregan las sociedades de economía mixta, asimiladas a ellas en cuanto la participación estatal en su capital sea del 90% o más (cfr. artículos 2o. y 3o. del Decreto Extraordinario 130 de 1976. "Anales, Primer Semestre de 1985", páginas 356 y s.s.).

Siendo pues el contrato de trabajo la excepción tratándose de los establecimientos públicos, cuando existe en estos una relación de tal naturaleza, será necesario acreditarla en debida forma para despejar las dudas que puedan presentarse pues de lo contrario, en aplicación de las normas antes citadas, no podrá tenerse por tal. Por ello,

no es admisible la sola o escueta manifestación contenida a folio 65, en la cual el Gerente de la empresa señala que el cargo del actor era de AUXILIAR DE REDES y en cuanto a las funciones, de acuerdo con los estatutos de la entidad "no son de las que corresponde a los Empleados Públicos".

Estima la Sala que en el actual momento, dada la situación planteada con el fallo en referencia, no existirían todos los elementos de juicio necesarios, por lo que revocará la decisión del *a-quo,* con el fin de disponer la admisión del libelo.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Revocar la providencia de veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, admitir la demanda promovida por Luis Alberto Muñoz Coy contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá, hoy Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá.

Para su trámite se dispone:

Notifíquese personalmente la admisión al Procurador Delegado correspondiente así como al Gerente de la Empresa de Teléfonos o Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá.

Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para los efectos legales pertinentes.

Solicítense los antecedentes administrativos.

Señálase por el Tribunal la suma del caso, para los efectos previstos en el artículo 207-4 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala, en sesión del día 17 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz; Javier Díaz Bueno,* Conjuez; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ARMADA NACIONAL/ PERSONAL CIVIL/ SANCION/ COMPETENCIA/ JEFE DE OPERACIONES LOGISTICAS-Facultades/**FACULTAD DISCIPLINARIA**

El Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, según lo previsto en el literal e) del artículo 96 del Decreto 85 de 1989, posee atribuciones disciplinarias de quinto grado, las cuales se extienden al personal civil como lo es la demandante, y se halla facultado para imponer las sanciones de represión simple, represión severa y multas hasta por una quinta parte del sueldo básico mensual. En el artículo citado no se atribuye competencia de esta naturaleza al Director de Dispensario de Fuerza Naval, como lo afirma la demandante. La norma en cita atribuye facultades disciplinarias también al Comandante de la Armada.

FUERZAS MILITARES/ ESTATUTO DISCIPLINARIO/SANCION-Trámite/ **HORARIO DE TRABAJO**-Cumplimiento/**DERECHOS ADQUIRIDOS**-Inexistencia

El Estatuto Disciplinario para las Fuerzas Militares no se prevé un trámite especial y previo a la imposición de sanciones por hechos constitutivos de violación a los reglamentos y órdenes relativas al servicio, o por acciones u omisiones que impliquen el incumplimiento del deber profesional. Por el contrario, a términos del artículo 70 antes transcrito, únicamente cuando la acción punible no conste por la propia observación, por una parte oficial o por manifestación del responsable, o cuando surjan dudas sobre los hechos y el grado de responsabilidad,

a fin de esclarecer lo concerniente a la comisión de la falta, adelantarse las actuaciones pertinentes y darle oportunidad al acusado para que justifique su conducta; ello, por cuanto ese tipo de faltas que no constituyen causal de mala conducta son de apreciación y constatación directa y no se justificaría todo un proceso disciplinario para establecer que se infringió el horario de trabajo cuando ya eso está probado, como en el presente caso. Debe anotarse también que un horario inferior al fijado normalmente para los servidores de una entidad no constituye para nadie derecho adquirido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4807. Resoluciones Ministeriales. Actora: Emma del Rosario Sánchez de Corrales.

La señora Emma del Rosario Sánchez de Corrales, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita a esta Corporación declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 273, 314 y 327 de 11 de septiembre, 2 y 16 de noviembre de 1989, emanadas del Ministerio de Defensa Nacional, firmadas por el Jefe de Operaciones Logísticas, el Segundo Comandante y el Comandante de la Armada Nacional, mediante las cuales se sancionó con una reprensión severa por la comisión de falta disciplinaria en el desempeño de su cargo de Especialista Asesor Segundo (Odontóloga) de la Armada Nacional y se dispone que copia de la resolución sea incorporada en su hoja de vida.

HECHOS:

Relata la actora que encontrándose desempeñando el cargo de Especialista Asesor Segundo - Odontóloga - en el Dispensario Naval No. 1 en la ciudad de Bogotá, fue notificada por el Jefe de dicho Dispensario, al igual que lo fueron los médicos y bacteriólogos de la A.R.C., de un aumento del horario de trabajo, sin el aumento proporcional de salario, por lo cual el 18 de julio de 1989 envió al Director de Sanidad una comunicación manifestándole que no podía variarse en esa forma su jornada, pues desde su nombramiento en 1981 venía laborando sólo 4 horas diarias y que esta medida desconocía normas de carácter administrativo laboral, a lo cual se le respondió que el aumento de horas de trabajo era procedente y que había sido ordenado por mandos superiores. Finalmente, señala la accionante que los cruces de comunicación entre ella y la administración continuaron hasta cuando se expidieron los actos objeto de la impugnación.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita como fundamento de derecho y como disposiciones transgredidas los artículos 10, 16, 17, 20 y 26 de la Constitución Política de 1886; 69, 70, 144 y 145, y ss, 159 del

Decreto 85 de 1989; 6o., 26 y 27 del Código de Procedimiento Civil, y 84 y 85 del C.C.A., aduciendo que con la negativa de abrir en su contra un proceso disciplinario, conforme lo ordena el Decreto 85 de 1989 en sus artículos 144, 145 y ss., se lesionan sus intereses, los cuales deben ser protegidos por las autoridades de la República conforme a los preceptos constitucionales invocados y se viola el artículo 6o. del C.P.C., pues las normas procesales son de orden público y de estricto cumplimiento, a efecto de aplicar las disposiciones sustanciales; afirma que en el *sub-lite* se aplicó arbitrariamente una norma sustancial sin aplicar las procedimentales, con el argumento de que el artículo 70 del Decreto 85 de 1989 faculta al funcionario fallador para sancionar sin abrir un proceso disciplinario, en caso de que el inculpado cometa la falta y ésta sea clara.

Igualmente, expresa que la administración no podía abruptamente modificar su horario de trabajo aumentando al doble su jornada, puesto que de acuerdo con el artículo 30 de la Carta Política mencionada, tenía el derecho adquirido de laborar sólo cuatro horas diarias, pues así lo había hecho desde su vinculación a la Armada y porque así lo dispone el parágrafo del artículo 17 del Decreto 380 de 1986; que fue sancionada arbitrariamente ya que jamás se formuló un cargo en su contra, no se le llamó a descargos, ni se le permitió pedir pruebas, ni justificar su conducta, por lo cual se transgrede el artículo 70 del Decreto 85 de 1989.

Al adicionar la demanda (folio 57), la accionante señala que la autoridad competente para sancionar a los odontólogos del Ministerio de Defensa, Dispensario Naval Bogotá No. 1 de la Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional, de conformidad con el artículo 89 del Decreto 85 de 1989, es el Director de Sanidad Naval.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Judicial Cuarto ante el Consejo de Estado, tras precisar que del acervo probatorio se desprende con absoluta certeza la veracidad de las faltas que se le endilgaron a la demandante y que condujeron a la imposición de la sanción que se impugna, señala que, en su concepto, la actuación de la administración se ajustó a derecho, puesto que a la luz de lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto 85 de 1989, Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, y en virtud de que no existían dudas sobre las faltas disciplinarias que, además fueron constatadas directamente, no había lugar a adelantar proceso disciplinario; de suerte que los argumentos planteados en la demanda para fundamentar el cuestionamiento de los actos acusados carecen de validez.

Se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

De conformidad con las resoluciones acusadas, a la actora se le sancionó con "reprensión severa" -que no represión como se dice en la demanda- por incumplimiento del horario de trabajo fijado por el Jefe del Dispensario Naval No. 1 de Bogotá, con base en la circular No. 02963 -CARMA - JOLA - DISAN - DPHU - 486 de junio de 1989 del Comando de la Armada Nacional, en armonía con la señal No.050809 R-Julio-89

del Director de Sanidad Naval, ya que con ello infringió el reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, Decreto 85 de 1989, artículo 65, sección e), literales a) y c), y sección F, literales a), b), c) y h), como lo demuestran las planillas de control del horario de personal que se llevaban en ese Dispensario.

Edifica la accionante su ataque sobre el hecho de que, conforme al artículo 89 del Decreto citado, el funcionario competente para sancionar a los Odontólogos del Ministerio de Defensa, Dispensario Naval Bogotá No. 1 de la Dirección de Sanidad Naval, es el Director de Sanidad Naval, y en la circunstancia de que la Administración, previamente a la imposición de la sanción, no adelantó en su contra proceso disciplinario estando obligada a hacerlo.

Reza así el artículo 89 del Decreto 85 de 1989:

> "Es competente para conocer y sancionar una falta el superior jerárquico con atribuciones disciplinarias, bajo cuyas órdenes se encuentre el responsable. Si éste cambia de jurisdicción por traslado o comisión urgente de servicio, se dará aviso al nuevo superior para la notificación y ejecución de la sanción".

En el presente caso, la sanción disciplinaria fue impuesta a la accionante por el Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, de quien se afirma en la resolución No. 293 de 1989 era el funcionario competente para ello, de conformidad con el Estatuto Disciplinario de las Fuerzas Militares. La actora debió demostrar la inexactitud jurídica de este aserto, es decir, que el Jefe de Operaciones Logísticas no era su superior jerárquico con atribuciones disciplinarias.

De otra parte, observa la Sala que el Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, según lo previsto en el literal e) del artículo 96 del Decreto 85 de 1989, posee atribuciones disciplinarias de quinto grado, las cuales se extienden al personal civil, como lo es la demandante y se halla facultado para imponer las sanciones de reprensión simple, reprensión severa y multas hasta por una quinta parte del sueldo básico mensual. En el artículo citado, no se atribuye competencia de esta naturaleza al Director de Dispensario de Fuerza Naval, como lo afirma la demandante. La norma en cita atribuye facultades disciplinarias también al Comandante de la Armada.

En estas condiciones, no prospera el argumento relacionado con la falta de competencia para imponer la sanción.

En cuanto a la necesidad de adelantar previamente un proceso disciplinario, la Sala anota lo siguiente:

El artículo 70 del Estatuto Disciplinario para las Fuerzas Militares prescribe:

> "Se considera como falta, toda violación a los reglamentos u órdenes relativas al servicio, y toda acción u omisión que implique incumplimiento del deber profesional o transgresión de las normas que consagran la moral y las buenas costumbres".

El mismo Estatuto - parte sexta - regula separadamente las faltas que constituyen causal de mala conducta; en el artículo 144 y ss. establece el trámite que ha de seguirse cuando se ordene una investigación por esa clase de faltas, conforme al cual el infractor tiene derecho a que se le vincule al informativo y a la designación de un vocero para que asuma su defensa, puesto que se juzgan por un Tribunal Disciplinario.

De las disposiciones a que se ha hecho referencia se infiere que en el Estatuto Disciplinario para las Fuerzas Militares no se prevé un trámite especial y previo a la imposición de sanciones por hechos constitutivos de violación a los reglamentos u órdenes relativas al servicio, o por acciones u omisiones que impliquen el incumplimiento del deber profesional. Por el contrario, a términos del artículo 70 antes transcrito, únicamente cuando la acción punible no conste por la propia observación, por un parte oficial o por manifestación del responsable, o cuando surjan dudas sobre los hechos y el grado de responsabilidad, a fin de esclarecer lo concerniente a la comisión de la falta deberán adelantarse las actuaciones pertinentes y darle la oportunidad al acusado para que justifique su conducta.

Ello, por cuanto ese tipo de faltas que no constituyen causal de mala conducta son de apreciación y constatación directa, y no se justificaría todo un proceso disciplinario para establecer que se infringió el horario de trabajo cuando ya eso está probado, como en el presente caso.

Además, en vía gubernativa pueden alegarse justificaciones que conduzcan a la revocatoria de la sanción, que para estos casos no es la más grave y está adecuada a la infracción.

Pues bien, en el caso *sub-exámine,* como acertadamente lo destaca el Procurador Judicial Cuarto a folio 18, aparece el informe rendido al Director de Sanidad Naval por el Jefe del Dispensario Naval No. 1 en el cual se señala que la accionante, conforme a las planillas de control de horarios (folios 84 a 117) desde el 17 de julio al 8 de agosto de 1989 incumplió el horario de trabajo ordenado según oficio circular No. 02963-CARMA-JOLA-DISAN determinado según señal No.061549 R-JDNBN1. Igualmente, se indica que no concurrió al turno de odontología de guardia el sábado 5 de agosto de 1989, según informe del enfermero de guardia (folio 118 vto.).

También consta en el expediente (folios 38 y 39) que el nuevo horario fijado para que los odontólogos de la Fuerza Naval cumplieran su labor se extendía de 7 a.m. a las 12 m., de lunes a viernes, y los sábados que les tocara guardia de 8 a.m. a 12 m., y que la libelista se enteró de él el 18 de julio de 1989 (folio 94).

De otra parte, en el expediente (folio 93) figura la comunicación No. 27094 R-DISAN-DPHU-389 de 27 de julio dirigida por el Director de Sanidad Naval Bogotá No. 1 al Jefe de Operaciones Logísticas, en la cual se informa que la actora incurrió en una serie de hechos constitutivos de contravención al Régimen de Obligaciones y Prohibiciones consagrado en el capítulo 5o., artículo 33 del Decreto 85 de 1989, como

son: la inasistencia a una reunión ordenada por esa Dirección el 23 de junio de 1989; modificación del turno de vacaciones elaborado por esa dependencia; incumplimiento del nuevo horario entre el 14 y el 21 de julio de 1989, dejando de laborar cinco (5) horas aproximadamente.

La misma accionante admite que no cumplía el horario de trabajo a que se hizo mención, cuando en comunicación que el 14 de agosto de 1989 dirigió al Jefe de Operaciones Logísticas A.R.C., luego de expresar su desacuerdo con las razones que éste expuso en orden a justificar la variación de la jornada laboral, manifestó en relación con su no acatamiento lo siguiente: "Por lo tanto, no es posible atender la solicitud elevada por el Director de Sanidad Naval", (folio 121); se refería al requerimiento sobre cumplimiento del horario, lo que significa que voluntariamente no se sometía al nuevo horario establecido por la administración.

Debe anotarse también que un horario inferior al fijado normalmente para los servidores de una entidad no constituye, para nadie, derecho adquirido.

Tanto el artículo 60 del Decreto-Ley 2247 de 1984, por el cual se modificó el Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa, como el 17 del Decreto Reglamentario 380 de 1986 señalan que los empleados públicos de Mindefensa -y la actora lo es- deben prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva repartición, sin perjuicio de la permanente disponibilidad; que son de tiempo completo y su jornada es de 8 horas, y que sólo excepcionalmente, cuando las necesidades y modalidades del servicio lo ameriten, podrán nombrarse médicos y odontólogos para laborar en jornada de trabajo no inferior a 4 horas.

La señora Emma Sánchez de Corrales no formula en su demanda argumentos para justificar la excepción, y menos prueba que estuviera comprendida su situación dentro de ella para acreditar su derecho a trabajar solamente 4 horas.

En estas condiciones, y a la luz de lo normado en el artículo 70 del Decreto 85 de 1989, fuerza concluir que los actos acusados no infringen las disposiciones invocadas como violadas por la demandante, en virtud de no haber adelantado en su contra un proceso disciplinario previo a la imposición de la sanción de reprensión severa, por los comportamientos que se le endilgaron, ya que estos efectivamente se dieron y a juicio de la Sala ameritaban ser sancionados en la forma en que lo fueron.

De acuerdo con lo anterior, procede la denegatoria de las súplicas de la demandante, toda vez que hallándose acreditado que incurrió en las faltas comentadas, los planteamientos relativos a que los actos enjuiciados se expidieron en virtud de la polémica suscitada a raíz de su desacuerdo con el nuevo horario de trabajo, no tienen eficacia jurídica alguna.

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.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión de 24 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD-Régimen Aplicable/**INSUBSISTENCIA TACITA**

Al sistema especial de salud solamente podían aplicarse las normas del sistema general cuando existieran vacíos. El sistema de administración de personal del sistema nacional de salud, no contiene un vacío normativo en materia de insubsistencia tácita como causal de retiro del servicio y, por lo tanto no puede acudirse en este caso al artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, de una parte, y de la otra, como consecuencia de lo anterior, tampoco puede admitirse que los efectos jurídicos de dicha norma terminen rigiéndole. Como no puede concluirse que el artículo 110 del Decreto 1468 de 1979 no tuviera efectos jurídicos a la fecha en que se expidió el acto acusado, y por disposición expresa de los Decretos 694 de 1975 y 1678 de 1979 no procedía aplicar las disposiciones de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, por cuanto la figura de la insubsistencia se encontraba reglamentada en el Decreto 1468 de 1979.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6212. Decretos del Gobierno. Actor: Juan H. Alzate P.

JUAN HERNAN ALZATE PEREZ, solicitió al Tribunal de Cundinamarca declarara **la nulidad del Decreto No. 896 de 1987,** mediante el cual se nombró en el empleo de Jefe de División del Ministerio de Salud del cual era titular, a otro funcionario, produciéndose una **insubsistencia tácita** en su nombramiento.

Considera el actor que aunque para el sector de salud los Decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979 regulan la administración de personal, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 en lo referente a la insubsistencia tácita había sido suspendido por el Consejo de Estado y, por lo tanto, no era posible que se aplicara dicha figura consagrada en el artículo 110 del Decreto 1468 de 1979.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda por considerar que el artículo 77 del Decreto Ley 694 de 1975, contenía tanto la forma expresa como tácita de retiro del servicio mediante la declaratoria de insubsistencia, y compartía el fallo del Consejo de Estado de 23 de julio de 1990, expediente No. 2499 con ponencia de la doctora Clara Forero de Castro, y mediante el cual levantaba la suspensión provisional del inciso 2o. del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, declarando ajustado a derecho el precepto suspendido.

Luego de transcribir varios aportes de la anterior sentencia, expresa lo siguiente:

> "Y como en el caso examinado, el artículo 77 del Decreto Ley 694 de 1975 sólo estipuló que una de las formas de desvinculación en el sistema nacional de salud es la INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO, sin consagrar requisitos formales, bien podía la autoridad reglamentaria determinar las formas en que se podía hacer esa manifestación de voluntad que fueron la EXPRESA Y LA TACITA, según su artículo 110, más cuando tratándose de servidores públicos de libre remoción no se requiere la MOTIVACION EXPRESA del acto. Ahora bien, como se dijo en la sentencia precitada, **el acto de NOMBRAMIENTO** de una persona para un **cargo no** vacante en ese momento, **sin mencionar para nada a quien lo desempeña,** de acuerdo con la norma vigente, **implica la DESVINCULACION TÁCITA** de este último".

EL RECURSO

El actor interpuso el recurso de apelación contra el fallo del Tribunal por considerar que no puede admitirse que existan actos táctios como lo estimó el Tribunal, pues la única excepción a los actos administrativos expresos son los fictos o presuntos, y por lo tanto, el acto de desvinculación está viciado de nulidad. En uno de sus apartes concluye el recurrente:

> "... es claro que el acto de desvinculación acusado está viciado de nulidad porque careciendo de contenido en cuanto a mi representado, se le hizo producir unos efectos o consecuencias jurídicas nocivas, como son la desvinculación del servicio y, por consiguiente, la imposibilidad de percibir el sueldo, complementos salariales y prestaciones sociales".

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

1o. La inconformidad del demandante respecto del acto acusado, se refiere exclusivamente a que el Gobierno Nacional no podía retirarlo del servicio utilizando la figura de la insubsistencia tácita consagrada en el artículo 110 del Decreto Reglamentario 1468 de 1979, por ser esta norma concordante con el inciso 2o. del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, disposición ésta que había sido suspendida por el Consejo de Estado, para la época en que se expidió el acto que ahora se acusa. (Folio 12).

2o. En el fondo lo que el actor plantea es que los efectos de la suspensión decretada por el Consejo de Estado para el inciso 2o. del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 regían también para el artículo 110 del Decreto Reglamentario 1468 de 1979 y, por lo tanto, no se podía aplicar en el manejo del recurso humano del servicio civil para el sistema nacional de salud.

3o. Por consiguiente, conviene examinar en qué casos es viable aplicar al sistema nacional de salud, las normas previstas en el sistema general de la función pública contendidas principalmente en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

4o. Sobre el particular conviene examinar el artículo 102 del Decreto 694 de 1975, cuyo texto expresa lo siguiente:

> "En aquellos aspectos **no contemplados específicamente** por este Decreto, se aplicarán las Leyes vigentes para la administración de personal de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en especial los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973".

Por su parte, el artículo 208 del Decreto 1468 de 1979 prescribe lo siguiente:

> **"De las Normas Aplicables.-**
> En aquellos aspectos **no contemplados** específicamente por este Reglamento, se aplicarán las leyes vigentes para la administración de personal de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en epecial los Decretos 2400 y 3074 de 1968, y 1950 de 1973".

De acuerdo con lo antes transcrito se concluye que al sistema especial de salud solamente podían aplicarse las normas del sistema general cuando existieran vacíos y, por lo tanto, deberá examinarse si en el sistema nacional de salud la legislación sobre función pública contemplaba la figura de la insubsistencia tácita.

4o. Veamos lo que sobre el particular prescriben los incisos 1o. y 2o. del artículo 110 Decreto 1468 de 1969:

> **"De la Declaratoria de Insubsistencia.**
> **En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional,** sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

En empleos de libre nombramiento y remoción, **la designación de una persona implica la insubsisencia del nombramiento de quien lo desempeña."**

"(...)".

5o. De lo antes transcrito, se concluye que el sistema de administración de personal del sistema nacional de salud no contiene un vacío normativo en materia de la declaratoria de insubsistencia tácita como causal de retiro del servicio, y por consiguiente, no puede acudirse en este caso al artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, de una parte, y de la otra, como consecuencia de lo anterior, tampoco puede admitirse que los efectos jurídicos de dicha norma termine rigiéndole.

7o. Tampoco los artículos 107 del Decreto 1950 de 1973 y 110 del Decreto 1468 de 1979, constituyen una proposición jurídica completa para pensar que una y otra norma se sustentan mutuamente, precisamente porque se trata de estatutos independientes y autónomos.

El primer considerando del Decreto 694 de 1975 ilustra la autonomía y derroteros de dicho estatuto. Textualmente dice:

"Que para la adecuación del recurso humano a los requerimientos técnicos que demanda el desarrollo del Sistema Nacional de Salud se hace necesario el establecimiento de **un régimen de administración de personal** uniforme, flexible y adaptable a las **características propias de los organismos,** instituciones, entidades y agencias que lo conforman en sus diferentes niveles".

8o. De otra parte, como los Decretos 1950 de 1973 y 1468 de 1979 son reglamentos de diferentes Decretos-Leyes, con contenidos específicos independientes entre sí, la suspensión o anulación de una de las normas de un reglamento no conduce al decaimiento de la norma que se interprete como parecida, porque los presupuestos de reglamentación, sus alcances y efectos de uno y otro, no son necesariamente los mismos, y el intérprete no puede concluir que suspendida una norma, dicha suspensión rige inmediatamente el alcance de la otra.

9o. Conviene señalar además que solamente por las causales señaladas en la Ley, los actos administrativos pueden ser suspendidos y, como excepción que es, no puede extenderse a otros actos, sin norma expresa que así lo defina.

10. Como no puede concluirse que el artículo 110 del Decreto 1468 de 1979 no tuviera efectos jurídicos a la fecha en que se expidió el acto acusado y, por disposición expresa de los Decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979 no procedía aplicar disposiciones de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 por cuanto la figura de la insubsistencia se encontraba reglamentada en el Decreto 1468 de 1979, se concluye que no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 28 de junio de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en demanda promovida por **JUAN HERNAN ALZATE PEREZ** y mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

En firme el presente proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala, en sesión del día veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUPRESION DE EMPLEO/ EQUIVALENCIA DE CARGOS-Inexistencia/ **REINTEGRO**-Improcedencia

La equivalencia de los cargos debe examinarse respecto de los deberes, atribuciones y responsabilidades que le haya señalado la Constitución, la Ley o el reglamento, según la clase de empleo, su nivel jerárquico, sus requisitos y su grado salarial. Aunque estos cargos pertenecen al mismo nivel jerárquico de empleos denominados "nivel profesional", según el Decreto 1042 de 1978, las funciones, deberes, requisitos y remuneración salarial, son diferentes, y por este motivo no puede afirmarse que se trate de empleos equivalentes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 7464. Actor: Hilda Consuelo Fajardo. Autoridades Nacionales.

HILDA CONSUELO FAJARDO NUÑEZ solicitó al Tribunal decretara la **nulidad parcial de la resolución No. 3311** de 6 de agosto de 1990 mediante la cual el **Instituto de Crédito Territorial no la incorporó** en la nueva planta de personal de la Regional del Valle del Cauca, a pesar de ser funcionaria inscrita en el escalafón de carrera administrativa y asistirle el derecho de preferencia para ser incorporada conforme lo preceptúa el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968.

LA SENTENCIA

El Tribunal, mediante sentencia, denegó las súplicas de la demanda, por considerar que el cargo que desempeñaba la actora fue suprimido mediante el Decreto 1744 de 1990 y no demostró en el proceso la igualdad de requisitos y similitud de funciones entre el cargo suprimido de Profesional Universitario 3020-04 y el cargo al cual aspiraba a ser incorporada como Profesional Especializado 3010-12, y al no haber comprobado los hechos que sustentan su derecho no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

EL RECURSO

La actora interpuso el recurso de apelación contra el fallo por estimar que el cargo suprimido de Profesional Universitario 3020-04 es similar al de Profesional Especializado 3010-12, en cuanto a sus funciones, e igual en cuanto a la exigencia de requisitos, conforme a los Decretos 1774 y 1499 de 1990.

El Procurador Delegado no emitió concepto de fondo.

Para resolver se

CONSIDERA:

1o.- La inconformidad de la actora con el fallo recurrido se refiere exclusivamente a que suprimido el cargo de Profesional Universitario 3020-04, del cual era titular e inscrita en carrera administrativa, tiene derecho a ser incorporada al empleo de Profesional Especializado 3010-12 de la Oficina Jurídica -Regional Valle del Cauca- por ser un empleo equivalente a aquél.

2o.- La equivalencia de los cargos debe examinarse respecto de los deberes, atribuciones y responsabilidades que le haya señalado la Constitución, la Ley o el reglamento, según la clase de empleo, su nivel jerárquico, sus requisitos y su grado salarial. Sobre el particular, esta Corporación con ponencia de la doctora Dólly Pedraza de Arenas, en fallo de 19 de noviembre de 1991 dijo:

> "Ante todo conviene precisar que la **equivalencia** de los cargos no solamente surge de los deberes, atribuciones y responsabilidades específicas asignadas a éstos, sino también, y principalmente, del nivel que ocupen dentro de la estructura administrativa de la entidad u organismos, y de su denominación y grado del respectivo nivel".

3o.- El Decreto 33 de 1990, Manual de Requisitos Mínimos para los empleos de la Rama Ejecutiva, vigente en la fecha del retiro de la actora, exigía los siguientes requisitos:

Profesional Univeristario 3020-04	**Profesional Especializado 3010-12**
Título de formación en educación superior y **un año** de experiencia específica o relacionada.	1. Título de formación en educación superior. 2. **Curso** de formación avanzada o de post-grado.

3. Tres años de experiencia específica o relacionada.

4o.- El Manual General de Funciones, contenido en el Decreto 2759 de 1979, señala a estos mismos empleos las siguientes funciones:

Profesional Universitario 3020	**Profesional Especializado 3010**
Aplicación de conocimientos específicos de una profesión universitaria a un área de trabajo determinada y colaboración en la formulación y ejecución de programas que requieran de sus conocimientos.	**Investigación** y **asesoría**, y desarrollo de tareas en el campo de su **especificación.**

Por consiguiente, aunque estos cargos pertenecen al mismo nivel jerárquico de empleos denominado "nivel profesional", según el Decreto 1042 de 1978, las funciones, deberes, requisitos y remuneración salarial son diferentes y, por este motivo, no puede afirmarse que se trate de empleos equivalentes, como lo estimó la actora en la demanda y en el recurso de apelación, no estando llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

5o.- Conviene señalar que no es cierto, como lo afirma la actora, que los Decretos 1774 y 1499 de 1990 hayan señalado que los empleos de Profesional Universitario 3020-04 y Profesional Especializado 3010-12 son empleos equivalentes, en cuanto a sus funciones y requisitos para su desempeño.

Conforme a lo antes expuesto, el fallo deberá confirmarse.

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

FALLA:

CONFIRMASE el fallo de 30 de julio de 1992, mediante el cual se denegaron las súplicas de la demanda promovida por HILDA CONSUELO FAJARDO NUÑEZ

En firme el presente proveído, devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala el día veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD/PERSONERIA SUSTANTIVA

Asiste razón el recurrente en su inconformidad con lo manifestado por la Magistrada que aclaró su voto, acerca de que la entidad que debió señalarse como parte en el *sub-lite* era la Nación y no el Departamento de la Guajira puesto que como acertadamente lo asevera, los servicios seccionales de salud no son de carácter nacional sino del orden departamental.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD/PERSONAL TECNICO/NOMBRAMIENTO/JUNTA DIRECTIVA-Control/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/POTESTAD REGLAMENTARIA/CONTRATO/ACTO ADMINISTRATIVO/ PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA

No es posible admitir que la reglamentación concerniente al ejercicio de control de la observancia por las autoridades nominadoras de las reglas que gobiernan la facultad de designar y remover los funcionarios de los sistemas seccionales de salud, pueda hacerse válidamente por autoridades distintas del Presidente de la República, a quien en su condición de suprema autoridad administrativa le corresponde, en forma exclusiva, esto es, con prescindencia de cualquier otro órgano, el ejercicio de la potestal reglamentaria. De manera que no resultan válidos los planteamientos del demandante en el sentido de que por inobservancia de los requisitos estipulados en un contrato celebrado por autoridades administrativas distintas del Presidente de la República y por el Gerente de la lotería del departamento deba infirmarse el acto acusado, puesto que se estaría aceptando que órganos ajenos a la

suprema autoridad administrativa a quien, como se dijo, por mandato constitucional compete el ejercicio de la potestad reglamentaria, impongan formalidades para hacer uso de facultades que el legislador o el Ejecutivo mediante reglamento no han establecido. No puede suspenderse, extinguirse o condicionarse en virtud de un contrato porque dicha potestad procede de un mandato legal, no susceptible de ser limitado en su ejercicio por mutuo acuerdo de voluntades, así éstas sean de órganos de la administración puesto que las disposiciones con fuerza de Ley son de obligatorio cumplimiento. Además, un contrato, si bien es Ley para las partes no puede admitirse como norma superior frente a un acto administrativo cuya nulidad pudiera alegarse por serle contrario, toda vez que se desvirtúa el principio del sometimiento jerárquico de las normas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4898. Autoridades Departamentales. Actor: Hernando Bedoya Restrepo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 14 de diciembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira en el proceso promovido por Hernando Bedoya Restrepo, en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 470 de 1987, expedida por el Director de la Unidad Regional del Norte del sistema seccional de salud de la Guajira, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Jefe de la División Administrativa del Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Ríohacha y el restablecimiento de los derechos que considera vulnerados con la expedición de la citada providencia.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada, tras declarar que no se configuran las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad demandada, negó las súplicas del libelista, bajo la consideración que lo preceptuado en la cláusula novena del contrato de reestructuración del Servicio Seccional de Salud de la Guajira suscrito el 15 de junio de 1974 por el Ministro de Salud Pública en representación de La Nación, y el Gobernador del Departamento de la Guajira en nombre de esa entidad territorial y el Gerente de la lotería de ese departamento que estatuía que "los nombramientos y remoción del personal técnico, como son: Médicos, Odontólogos, Veterinarios Salubrista, Arquitectos con curso de Arquitectura hospitalaria, Ingenieros Sanitarios, Enfermeras con Licenciatura en Salud Pública, Asistentes Administrativos, Administradores en Salud Pública, Estadísticos, necesitan para su validez el ulterior visto bueno del Ministerio, para comprobación de que se cumplen con los requisitos y estudios necesarios. "Quedó modificado por lo estipulado en la cláusula sexta del acto de adición de dicho contrato que reza: "Los nombramientos y actos de remoción de personal profesional especializado en Salud Pública requieren, para su validez, aprobación previa

del Ministerio de Salud". Y por tanto, sólo si el actor hubiera acreditado su calidad de profesional especializado, operaría la exigencia de la aprobación ulterior de su remoción por el Ministerio de Salud, lo cual no ocurrió en el *sub-lite,* pues de conformidad con lo prescrito en el Decreto No. 088 de 1976, en concordancia con lo normado en el No. 80 de 1980, para adquirir el título de técnico profesional intermedio en cualquier rama, se necesitan cuatro semestres de estudio, "lo que no sucede en el caso presente donde el Actor, para obtener su diploma de Director Superior en Asistencia Administrativa de Servicios de Salud, sólo requirió de diez (10) meses de estudio, que en realidad equivalen a dos (2) semestres académicos, pero en ningún caso los cuatro (4) requeridos para el título de Técnico" (folio 161).

Estimó también el fallador que el diploma de administrador de empresas que el accionante presentó tampoco "le sirve para los fines que persigue con su demanda, por cuanto la exigencia técnica o profesional que requieren las normas por él invocadas están relacionadas con el área o rama de la Salud" (folio 161).

En tales circunstancias, advierte, no se quebrantó la cláusula citada del acta adicional del aludido contrato, ni el literal d) del artículo 9o. del Decreto 056 de 1975, norma esta última que señala entre las atribuciones del Ministerio de Salud la de controlar el cumplimiento de las reglas sobre el nombramiento y remoción del personal técnico, ni el literal g) del artículo 18 *ibídem,* que asigna ese control a las Juntas Seccionales de Salud.

Contra esta sentencia la parte actora interpuso el recurso de apelación, aduciendo que el accionante, como se dice en el libelo, tiene título de asistente administrativo, lo que se acredita con la copia auténtica de un diploma otorgado por la Universidad de Antioquia - Escuela de Salud Pública, fechado el 13 de diciembre de 1972. No obstante, el *a-quo* para negar las súplicas de la demanda basa su decisión en los Decretos Nos. 088 de 1976 y 080 de 1980, cuando tales estatutos no pueden gobernar situaciones de 1972 que fue la época en que la citada universidad le otorgó al actor el título de asistente administrativo de servicios de salud.

De igual manera, el recurrente manifiesta su desacuerdo con los fundamentos de la aclaración de voto de la Magistrada doctora Ligia Olaya de Díaz, puesto que considera que los servicios seccionales de salud no son de carácter nacional sino del orden departamental, como lo dijo el Magistrado Ponente y lo sostiene esta Corporación.

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en la vista reglamentaria, apoyándose en un fallo de esta sección fechado el 10 de abril de 1987 recaído en el proceso No. 185, actor: Gil Enrique Aguancha Jiménez, Consejero Ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, conforme al cual las cláusulas previstas en los contratos de integración y funcionamiento de los servicios seccionales de salud no pueden tomarse como disposiciones de superior jerarquía frente a un acto administrativo como, el acusado, cuya inobservancia pueda alegarse a fin de obtener su nulidad, opina que la sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda amerita ser confirmada.

Surtido el trámite del recurso de alzada sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la anterior Constitución Política, corresponde a la Ley el señalamiento de las condiciones de acceso al servicio público, retiro o despido de éste, de suerte que sólo el legislador puede condicionar el ejercicio de la facultad de nombramiento o remoción que ostentan las autoridades nominadoras.

Según lo establecen los literales d) del artículo 9o., y g) del artículo 13 del Decreto 056 de 1975, citados como infringidos por el accionante, al Ministerio de Salud y a las Juntas Seccionales de Salud les compete controlar el cumplimiento de las normas sobre nombramiento y remoción del personal técnico de los Servicios Seccionales de Salud. Empero, el legislador no precisó de qué manera esos organismos ejercían el aludido control; tampoco en el libelo se señaló ningún estatuto reglamentario en que se determine cómo opera tal supervisión; sólo se advierte que conforme al contrato de reestructuración del servicio de salud de la Guajira, suscrito entre el Ministro de Salud, el Gobernador y el Gerente de la lotería de ese departamento, esa actividad de tutelaje se efectiviza mediante la aprobación ulterior de los nombramientos y remociones del personal técnico y previa del personal profesional especializado por parte del Ministro de Salud y que, como ello no ocurrió en el sub-lite, debe aclararse la nulidad del acto acusado.

Sobre el particular, observa la Sala que no es posible admitir que la reglamentación concerniente al ejercicio del control de la observancia por las autoridades nominadoras de las reglas que gobiernan la facultad de designar y remover los funcionarios de los sistemas seccionales de salud, pueda hacerse válidamente por autoridades distintas del Presidente de la República, a quien en su condición de suprema autoridad administrativa le corresponde, en forma exclusiva, ésto es, con prescindencia de cualquier otro órgano, el ejercicio de la potestad reglamentaria. De manera que no resultan válidos los planteamientos del demandante en el sentido de que por inobservancia de los requisitos estipulados en un contrato celebrado por autoridades administrativas distintas del Presidente de la República y por el Gerente de la lotería del departamento de la Guajira deba infirmarse el acto acusado, puesto que se estaría aceptando que órganos ajenos a la suprema autoridad administrativa a quien, como se dijo, por mandato constitucional compete el ejercicio de la potestad reglamentaria, impongan formalidades para hacer uso de facultades que el legislador o el ejecutivo mediante reglamento no han establecido.

No sería concebible, en ningún caso, como lo ha sostenido esta Corporación, entre otros fallos, en el fechado el 23 de octubre de 1991, expediente No. 4212, actor: Bolívar

Herminio Riascos, Consejero Ponente: doctor Diego Younes Moreno, que la facultad de libre nombramiento y remoción pueda suspenderse, extinguirse o condicionarse en virtud de un contrato, porque dicha potestad procede de un mandato legal, no susceptible de ser limitado en su ejercicio por mutuo acuerdo de voluntades, así éstas sean de órganos de la administración, puesto que las disposiciones con fuerza de Ley son de obligatorio cumplimiento. Además, un contrato, si bien es Ley para las partes, no puede admitirse como norma superior frente a un acto administrativo cuya nulidad pudiera alegarse por serle contrario, toda vez que se desvirtúa el principio de sometimiento jerárquico de las normas, como también lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia citada por la Agencia del Ministerio Público.

En este orden de ideas, fuerza concluir que la no aprobación por parte del Ministerio de Salud de la remoción del actor, no genera la nulidad de esta decisión, puesto que, de acuerdo con lo dicho, la ausencia de tal asentimiento no contraría ningún mandato constitucional, legal o reglamentario, regulador del ejercicio de la potestad de libre nombramiento y remoción que ostentan las autoridades nominadores de los sistemas seccionales de salud.

De otra parte, asiste razón al recurrente en su inconformidad con lo manifestado por la Magistrada que aclaró su voto, acerca de que la entidad que debió señalarse como parte en el *sub-lite* era la Nación y no el departamento de la Guajira puesto que como acertadamente lo asevera, los servicios seccionales de salud no son de carácter nacional sino del orden departamental.

Por las razones expuestas en este proveído, mas no por las contenidas en la sentencia impugnada, se confirma ésta, ya que en ella se deniegan las súplicas del demandante.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de catorce (14) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el proceso incoado por Hernando Bedoya Restrepo, en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 0470 de 5 de junio de 1987, expedida por el Director de la Unidad Regional del Norte, del Sistema Nacional de Salud de la Guajira.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION POR APORTES/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación

Lo que hizo el Ejecutivo a través de las disposiciones acusadas fue establecer tres eventos, en que no se daría la pensión por aportes, cuando la redacción del parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 fue clara, pues que dice: "Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo", y lo que quedó escrito en la disposición reglamentaria es que "no tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes" que es algo totalmente distinto, y sin duda excede la potestad reglamentaria. En ejercicio del poder reglamentario, el Ejecutivo no puede dictar una disposición que viole la Ley, no sólo la que se pretende reglamentar sino una cualquiera. La función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. De ahí que introducir, so pretexto de reglamentación, normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, más allá del contenido intrínseco de la Ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de la voluntad legislativa". DECLARA LA NULIDAD del inciso tercero, literales a), b) y c) del artículo 20 del Decreto Reglamentario No. 1160 del 2 de junio de 1989, dictado por el señor Presidente de la República.

APORTES PARA PENSION-Acumulación

La expresión "en cualquier tiempo" se relaciona con la época en que se producen los aportes, en tanto que la frase "continuos o discontinuos"

tiene que ver con que haya sucesión o interrupción en los mismos; o sea, que en realidad esta segunda expresión precisa el alcance de la primera, como que se encamina a señalar que los aportes que pueden haber sido hechos o pagados "en cualquier tiempo" pueden ser "continuos o discontinuos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo ocho (8) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expdiente No. 7048. Decretos del Gobierno. Actor: Vicente Miranda Melo.

Decide la Sala la demanda de nulidad incoada por el ciudadano Vicente Miranda Melo contra los incisos 2o. y 3o., literales a), b) y c) del artículo 20 del Decreto 1160 del 2 de junio de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

LA DEMANDA:

En el escrito correspondiente (folios 1-16), plantea el ciudadano demandante que el Congreso de la República expidió la Ley 71 de 1988 (diciembre 19), "por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones", en ejercicio de las atribuciones de que trata el ordinal 9o., artículo 76 de la Carta Política de 1886. El Presidente de la República en asocio de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, y con fundamento en el artículo 120 numeral 3 de la misma Constitución, en ejercicio de las facultades que le fueron otorgadas en la propia Ley 71 de 1988, expidió el Decreto 1160 del 2 de junio de 1989, cuyo artículo 20 -en las partes demandadas- es manifiesta y visiblemente contraria a la norma superior hasta el punto de que "modificó la vigencia y efectividad inmediata de la pensión de Jubilación Mixta por aportes y cotizaciones de los empleados y trabajadores públicos y privados e introdujo limitaciones o restricciones no contempladas en la Ley reglamentada y para lo cual no estaba facultado el Ejecutivo" (folios 4 y 5). En ese orden de ideas, el Gobierno solamente estaba facultado para reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la prestación y determinar las cuotas partes de las entidades involucradas. El artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 previó que para esa pensión se tendrían en cuenta los aportes hechos en cualquier tiempo; esto es, anteriores o posteriores al 19 de diciembre de 1988" (folio 6).

Acto seguido, aduce el demandante lo siguiente:

"Por su parte, el parágrafo (sic) único del artículo 7o. de la Ley 71 de1988 es del siguiente tenor:

"Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente tengan diez(10) años o más

de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta años o más de edad, si es varón, o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes" (El subrayado es mío (folio 7).

Más adelante, el actor agrega que los apartes demandados son inconstitucionales porque:

"... en ellos se modificó sustancialmente la naturaleza y efectividad de la prestación reglamentada, e igualmente se introdujeron limitaciones o restricciones no contempladas en la Ley 71 de 1988 y, por consiguiente, el Gobierno con la expedición de los actos aquí impugnados rebasó la facultad que le fue conferida en el inciso 2o. artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, habiendo invadido consecuencialmente las funciones propias y exclusivas del Congreso de la República, vicio de inconstitucionalidad que nítida y palmariamente se aprecia de la comparación entre la norma superior reglamentada y la reglamentaria o acto ejecutivo aquí demandado" (folio 9).

Luego, señala que las disposiciones acusadas cambiaron la expresión **"aportes sufragados en cualquier tiempo" por la de "aportes continuos o discontinuos"**, puesto que mientras la primera contiene un pronombre indeterminado (cualquier), la segunda se refiere a un adjetivo (continuos o discontinuos) que restringe o limita el espacio temporal durante el cual deben sufragarse los veinte años de cotizaciones, con lo cual se afecta de manera directa "la expresa e inmediata vigencia del derecho a la pensión por aportes y, consecuencialmente, el de quienes el 19 de diciembre de 1988 ya contaban con diez (10) o más años de aportes o cotizaciones sufragados a las Cajas de Previsión Social e Instituto de los Seguros Sociales" (folio 10).

Así mismo, sostiene el actor que en esas condiciones la pensión por aportes:

"... sólo se podría causar diez (10) años después de la fecha de sanción de la Ley 71 de 1988, esto es, a partir del 19 de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) como expresa y claramente lo dispone el artículo 7o. de la Ley reglada, además de que las limitaciones de que tratan los literales b) y c) conllevan expresa modificación a lo dispuesto en el artículo 21 del C.C. del T.(sic) y artículo 31 del Decreto Legislativo No. 3135 de 1968 sobre la aplicabilidad de la norma laboral más favorable al trabajador y libre opción de éste por la pensión que le sea más favorable frente a la prohibición de que trata el artículo 128 de nuestra actual C.P.de C.(sic)" (folio 12).

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación presentó alegado (folios 40-51) en el cual hace un estudio prolijo y detallado de los planteamientos de la demanda que finaliza solicitando la anulación del inciso 3o., literales a), b) y c) del artículo 20 del Decreto Reglamentario No. 1160 de 1989, y a la denegación de las demás súplicas del libelo.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Las disposiciones acusadas rezan lo que a continuación se transcribe:

"ART. 20.- Pensión de Jubilación por aportes.- La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varon, y 55 años o más de edad si es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión, y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:

a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón, y 45 años de edad si se es mujer, y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;

b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o más de serivicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital;

c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales".

El Parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 dispuso:

"Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón, o cuarenta y cinco (45) o más si es mujer, **continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes."** (Se subraya).

El artículo 7o. mismo lo que hizo fue precisar que a partir de la vigencia de la Ley 71 de 1988 los servidores oficiales que hubiesen hecho aportes durante veinte años, sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social del orden nacional o territorial, y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrían derecho a una pensión de jubilación al cumplir 60 años de edad (los varones) y 55 (las mujeres), según el caso. Y en su inciso segundo se limitó a darle atribuciones al Gobierno Nacional para reglamentar el reconocimiento y pago de la prestación, y determinar las cuotas partes correspondientes a las entidades involucradas.

Y en su parágrafo señaló que las personas que al entrar en vigencia la ley, tuviesen ya 10 años o más de afiliación en una o varias de esas entidades, y 50 años de edad o más los varones, y 45 o más las mujeres, tendrían derecho a su pensión, conforme a los regímenes anteriores vigentes en esta misma fecha como es obvio.

Empero, lo que hizo el Ejecutivo a través de las disposiciones acusadas fue establecer tres eventos, en que no se daría la pensión por aportes, cuando como ya se vio, la redacción del parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 fue clara, puesto que dice: **"Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo"**; y lo que quedó escrito en la disposición reglamentaria es que **"no tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes"**, que es algo totalmente distinto y sin duda excede la potestad reglamentaria.

Al respecto, la Sala acoge la cita jurisprudencial contenida en el alegato del Ministerio Público que dice:

> "En **ejercicio del poder reglamentario,** el ejecutivo no puede dictar una disposición que viole la Ley, no sólo la que se pretende reglamentar, sino una cualquiera. La función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentación normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, más allá del contenido intrínseco de la Ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones que constituye una clara violación de la voluntad legislativa". (Sentencia del 19 de febrero de 1962, t. LXIV, núms.397-398, página 54).

En lo que hace con el inciso segundo acusado, la Sala reitera el pensamiento expuesto al denegar la suspensión provisional de las disposiciones cuestionadas, en el sentido de que la expresión "en cualquier tiempo" se relaciona con la época en que se producen los aportes, en tanto que la frase "continuos o discontinuos" tiene que ver con que haya sucesión o interrupción en los mismos; o sea, que en realidad esta segunda expresión precisa el alcance de la primera, **"como que se encamina a señalar que los aportes que pueden haber sido hechos o pagados "en cualquier tiempo" pueden ser "continuos o discontinuos"** (Auto de noviembre 27 de 1992, folios 27-32).

De lo anterior surge, entonces, que deben prosperar las acusaciones formuladas contra el inciso 3o., literales a), b) y c) del artículo 20 del Decreto 1160 del 2 de junio de 1989, mas no las que se relacionan con el inciso 2o., por las razones atrás expuestas.

La Sala considera conveniente agregar que a esta conclusión conduce también lo reglado hoy por el artículo 13 de la Constitución de 1991. en la medida en que no permite discriminación entre iguales, como podría resultar de las disposiciones cuya nulidad

prospera. De igual manera, estima necesario consignar que el artículo 289 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 derogó expresamente el parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, en el cual se sustentaban parcialmente las normas acusadas. Empero, esto no incide en manera alguna, porque las mismas pudieron producir efectos cuya nulidad es indispensable declarar.

Fuera de lo anterior, es menester añadir que la Corte Constitucional declaró inexequible dicho parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 "por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones" mediante sentencia C-012/94 del 21 de enero de 1994, - Expediente D-321; Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell -, de la que es pertinente transcribir el siguiente aparte relacionado con la situación planteada en este proceso:

> "La filosofía de la acumulación de los aportes, prevista en el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, es la de que la parte de ingresos del empleado oficial o trabajador que se destina a la formación de los fondos de pensiones en las entidades de previsión social permitan a éstas cumplir con el pago de la pensión de jubilación, en cuantía proporcional al tiempo aportado a cada una de ellas".
>
> "A juicio de esta Sala, se observa una discriminación injustificable e irrazonable entre quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley tengan 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad si es varón, o 45 años o más si es mujer y quienes no se hallan en esas condiciones; porque, en primer término, se establece una diferenciación negativa en razón de la edad y en segundo lugar, irrazonablemente, ante una misma situación fáctica, esto es, aportes al ISS y a entidades de previsión social oficiales durante 20 años, y edad de 60 años o más, si es varon, o 55 años o más, si es mujer, se reconoce a unas personas la pensión de jubilación y a otras se les niega. Tampoco resulta razonable que, por la circunstancia de haber aportado durante 10 años o más a una o varias de las entidades mencionadas, la pensión de jubilación deba quedar regida por las normas vigentes al momento de la expedición de la Ley, es decir, a cargo de las entidades de previsión oficiales o del ISS, exclusivamente, porque al haberse aportado a todas las entidades existe un fondo común ideal para que todas ellas concurran al pago de la pensión en la proporción que les corresponda".

Este análisis, por lo demás, coincide con los razonamientos hechos por la Sala, que conducen a la prosperidad parcial de los pedimentos de la demanda.

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

FALLA:

Primero.- Declárase la nulidad del inciso tercero, literales a), b) y c) del artículo 20 del Decreto No. 1160 del 2 de junio de 1989 dictado por el señor Presidente de la República.

Segundo.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 24 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL/NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD-Requisitos/ESTABILIDAD-Inexistencia/INSUBSISTENCIA/EMPLEO DE CARRERA/DEROGATORIA TACITA/SISTEMA DE MERITOS

Bajo la normatividad del Decreto Extraordinario 250 de 1970 y de su reglamentario 1660 de 1978, cuando no se reunían los requisitos para el cargo, el respectivo nombramiento debía ser en interinidad o en provisionalidad (artículos 10, 13 y 14 del primero, y 47 y 115 del segundo), lo cual no puede ocurrir a términos del Decreto 52 de 1987, que establece que en todo caso la provisión de los cargos se hará con el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos para el ejercicio de los mismos.

Entonces, para la Sala es evidente que las normas que permitían nombrar sin el cumplimiento de los correspondientes requisitos quedaron derogadas tácitamente por el Decreto posterior 52 de 1987, lo mismo que sus concordantes que contenían el mismo supuesto (artículo 115 del Decreto 1660). La relativa estabilidad en la rama judicial está condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 34, 35 y 44 y siguientes del aludido Decreto 52, vale decir, ingreso por el sistema de méritos, superación del período de prueba en su caso y calificación satisfactoria de servicios, temas éstos ajenos a la situación del demandante, por la potísima razón de no haber ingresado por el sistema de méritos y, por ende, ser su nombramiento provisional.

JURISDICCION ROGADA/NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Tratándose de la impugnación de actos administrativos la Ley exige al demandante que indique las normas violadas y explique el concepto de la violación, fijándole al juez un marco de competencia, en forma tal que la declaración de nulidad del respectivo acto administrativo, no podrá fundarse sino sobre la base de las causales de nulidad que haya invocado el actor y del acertado concepto de violación de normas. Es lo que la jurisprudencia ha denominado "jurisdicción rogada" y alrededor de la cual ha sido reiterado el criterio de la Corporación, en el sentido de impedirle al juez el estudio de algún presunto vicio del acto impugnado que no haya sido denunciado en la demanda.

EXTRALIMITACION DE FUNCIONES-Inexistencia/**ACTO DE REMOCION/ FUNCIONARIO NOMINADOR-**Facultades/**DESPACHO JUDICIAL**

No encuentra la Sala que se hubiera transgredido el artículo 20 de la anterior Constitución Política, por extralimitación de funciones, tanto del juez que expidió el acto de remoción del actor como del secretario del juzgado al suscribirlo en su condición de tal, debido a que la Ley señala al juez como el funcionario nominador del personal del respectivo despacho judicial y la firma del secretario el único efecto que tiene es el de certificar que el titular del despacho sí lo suscribió, pero no el de coautoría en su expedición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6114. Autoridades Nacionales. Actor: Alberto Blanco Rebolledo.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por ALBERTO BLANCO REBOLLEDO y por el señor Agente del Ministerio Público, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de julio de 1991, en virtud de la cual se le negaron al actor, entre otras pretensiones, la de reintegro al cargo de Abogado Auxiliar del Juzgado Segundo de Orden Público de Cali y el pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda se afirma que el demandante tomó posesión del mencionado cargo el 16 de septiembre de 1988 y que el 30 de abril del año siguiente recibió el oficio 264,comunicándole la declaración de insubsistencia de su nombramiento por medio de la resolución No. 3, aunque la copia de ella dice ser la número 2; que el numeral 2o. de la resolución de insubsistencia es contradictorio con el 3o. en el cual

se afirma que la persona nombrada en provisionalidad puede ser removida de su cargo sin necesidad de providencia o resolución motivada; que a pesar de la motivación del acto, el 7 de abril anterior el mismo juez nominador expidió certificación sobre el desempeño de las funciones del actor donde destaca su honorabilidad, seriedad y responsabilidad.

En el concepto de violación de normas se explica que, según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de insubsistencia prevista en el artículo 115 del Decreto 1660 de 1978 es aplicable sólo por falta de requisitos y calidades para desempeñar el cargo, y que cuando se aplica por otra razón el funcionario que la ordene incurrirá en prevaricato por acción; que en el presente caso el nominador expidió el acto acusado, contrario a la Ley, pues la incapacidad y negligencia en el desempeño del empleo, no configura la causal de no reunir los requisitos y calidades exigidos por la Ley para ejercerlo; que el actor era funcionario de período, por lo cual no era su nombramiento provisional a términos del artículo 44 del mismo Decreto 1660; que el artículo 47 *ibídem* establece que será provisional el nombramiento cuando se vincule a personas que no reunan requisitos para el cargo, que no es el caso del actor que sí los cumplía; que el artículo 48 siguiente establece que mientras se reglamenta la carrera judicial, los empleados serán nombrados para el período del juez y que estos empleados gozarán de estabilidad y no podrán ser removidos durante el período de sus respectivos superiores, salvo por causas disciplinarias, lo cual tampoco sucedió al demandante; que el artículo 49 siguiente, establece que sólo podrá declararse la insubsistencia del nombramiento en los casos señalados en los artículos 8 a 10, o en los casos de pérdida del empleo o de retiro forzoso, los cuales tampoco se configuran aquí; que el artículo 51 confirma la estabilidad laboral a que tiene derecho el demandante por un período de dos años, ya que cuando se expidió el acto acusado ya llevaba 8 meses de estar laborando; que en el caso del actor no es aplicable la calificación e insubsistencia previstos en el artículo 35 del Decreto 52 de 1987, ya que ello será cuando esté operando la carrera por el ingreso por concurso de los jueces que ocurrirá en mayo de 1989 y, porque además, el funcionario nominador ya había expedido certificación que excluiría una calificación insatisfactoria; que hubo extralimitación en el ejercicio de las funciones, tanto del nominador como de su secretario, porque éste que es grado 13 no puede firmar un acto administrativo de un funcionario de grado 19 como el demandante, acto que debió firmar únicamente el juez, lo que está demostrando la ineptitud e ineficacia de los "supracitados funciones" (sic) y que la "calificación de servicios" que le diera el juez nominador se ajusta a lo preceptuado en el artículo 141 del Decreto 52 de 1987 al igual que el artículo 2o. del Decreto 1190 de 1986.

La sentencia apelada tuvo en cuenta que el Decreto 1660 de 1978 no es aplicable porque cuando se expidió el acto acusado ya regía el Decreto 52 de 1987 contentivo del Estatuto de la Carrera Judicial; que el certificado de folio 1 no constituye la calificación de servicios a que se refiere dicho Estatuto, ya que ella se relaciona con funcionarios y empleados que hayan ingresado al servicio mediante concurso, en

propiedad o en período de prueba; que el acto impugnado fue motivado sin necesidad, ya que al actor no lo amparaba fuero alguno y el bajo rendimiento en el ejercicio de las funciones es razón más que suficiente para que se produzca el retiro del servicio, sin que en el presente caso se hubiera demostrado lo contrario.

Los recursos

El respectivo Agente del Ministerio Público ante el Tribunal alegó que "si el acto estaba motivado era necesario que tal motivación tuviera su fundamento, circunstancia que no aparece en autos", dando por reproducidos los argumentos que expuso en el correspondiente concepto fiscal (folio 59).

A su vez, el demandante en la sustentación del recurso reitera las argumentaciones expuestas en la demanda sobre la transgresión de las normas allí invocadas.

El Ministerio Público

En su concepto de fondo (folios 76 a 83) considera que como el demandante cumplía los requisitos para desempeñar el cargo, no podía ser removido mediante insubsistencia, de conformidad con los mandatos del Decreto 1660 de 1978; que el certificado de folio 1 desvirtúa las afirmaciones del acto acusado y pone en evidencia la arbitrariedad cometida contra el actor y, finalmente, transcribe jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala sobre actos discrecionales y actos reglados.

Para resolver se considera:

1.- La Sala está de acuerdo con lo expuesto en la sentencia de primera instancia en el sentido de que a este caso no es aplicable el Decreto Reglamentario 1660 de 1978.

En efecto, bajo la normatividad del Decreto Extraordinario 250 de 1970 y de su Reglamentario 1660 de 1978, cuando no se reunían los requisitos para el cargo el respectivo nombramiento debía ser en interinidad o en provisionalidad (artículos 10, 13 y 14 del primero, y 47 y 115 del segundo), lo cual no puede ocurrir a términos del Decreto 52 de 1987 que establece que **en todo caso** la provisión de los cargos se hará con el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos para el ejercicio de los mismos.

Entonces, para la Sala es evidente que las normas que permitían nombrar sin el cumplimiento de los correspondientes requisitos quedaron derogadas tácitamente por el Decreto posterior 52 de 1987, lo mismo que sus concordantes que contenían el mismo supuesto (artículo 115 del Decreto 1660).

2.- El cargo para el cual fue nombrado el demandante, conforme a las previsiones del artículo 7o. del mencionado Decreto 52 es de carrera y debía ser previsto por el sistema de méritos; pero como el nombramiento del demandante no se hizo por dicho sistema, la designación tuvo el carácter de **provisional** (folio 8) conforme a las previsiones del artículo 33 *ibídem.*

3.- De otro lado, observa la Sala que la relativa estabilidad en la rama judicial está condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en lo artículos 34, 35 y 44 y siguientes del aludido Decreto 52, vale decir, ingreso por el sistema de méritos, superación del período de prueba en su caso y calificación satisfactoria de servicios, temas estos ajenos a la situación del demandante, por la potísima razón de no haber ingresado por el sistema de méritos y, por ende, ser su nombramiento provisional.

4.- Ahora bien, también advierte la Sala que en el Estatuto de carrera vigente y aplicable al caso que se examina, no existe norma específica sobre la desvinculación mediante la declaración de insubsistencia del empleado nombrado en provisionalidad, pero al mismo tiempo ya se vio que sólo los que ingresen por el sistema de méritos y cumplan los requisitos aludidos gozan de relativa estabilidad, lo cual determina que por razones de buen servicio el nominador pueda prescindir de un empleado provisional a través de aquella figura.

Si lo anterior no fuere así, resultaría el absurdo consistente en que tendrían el mismo derecho de relativa estabilidad un empleado que ingresó por el sistema de méritos, que superó el período de prueba y fue calificado satisfactoriamente, y otro que no ingreso como aquel y fue nombrado provisionalmente.

5.- En relación con el certificado de folio 1 que el demandante denomina "calificación satisfactoria de servicios", verifica la Sala que conforme a los mandatos del artículo 46 del Decreto 52 de 1987 aquel documento no puede constituirla, pues no comprende los puntos allí establecidos.

6.- En torno a la falsa motivación a que se refiere el Ministerio Público en la segunda instancia, advierte la Sala que dicha causal de nulidad de los actos administrativos no fue invocada en la demanda, lo cual determina que la Sección no pueda ocuparse del tema porque tratándose de la impugnación de actos administrativos la Ley exige al demandante que indique las normas violadas y explique el concepto de la violación, fijándole al juez un marco de competencia, en forma tal que la declaración de nulidad del respectivo acto administrativo no podrá fundarse sino sobre la base de las causales de nulidad que haya invocado el actor y del acertado concepto de violación de normas. Es lo que la jurisprudencia ha denominado "jurisdicción rogada" y alrededor de la cual ha sido reiterado el criterio de la Corporación, en el sentido de impedirle al juez el estudio de algún presunto vicio del acto impugnado que no haya sido denunciado en la demanda.

7.- Finalmente, tampoco encuentra la Sala que se hubiera transgredido el artículo 20 de la anterior Constitución Política, por extralimitación de funciones tanto del Juez que expidió el acto de remoción del actor como del secretario del juzgado al suscribirlo en su condición de tal, debido a que la Ley señala al juez como el funcionario nominador del personal del respectivo despacho judicial y la firma del secretario el único efecto que tiene es el de certificar que el titular del despacho sí lo suscribió, pero no el de coautoría en su expedición.

Consecuentemente, la Sala confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de julio de 1991 en el proceso promovido por ALBERTO BLANCO REBOLLEDO.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUERO SINDICAL-Conocimiento/**JURISDICCION DEL TRABAJO/ COMPETENCIA/SUSPENSION PROVISIONAL**

La suspensión provisional surte los mismos efectos cuando se decreta como consecuencia de la violación manifiesta de una norma o de varias, por lo cual la Sala se ocupará únicamente de la denuncia sobre la violación del artículo 2o. del Decreto 2158 de 1948 que atribuye a la jurisdicción del trabajo al conocimiento de los asuntos sobre fuero sindical. El acto acusado quebrantó aquella disposición legal al concluir, sin competencia, que los trabajadores del Banco de la República pueden estar amparados por el fuero sindical porque de otra manera no lo habría requerido como lo hizo en su artículo 2o. Saber si algún trabajador o grupo de trabajadores goza de ese derecho es asunto atribuído a los jueces del trabajo y no a las autoridades del Ministerio del ramo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 8356. Autoridades Nacionales. Actor: Banco de la República.

1o.- Se le reconoce personería al abogado Alejandro Escobar Rodríguez como apoderado del Banco de la República.

2o.- Admítese la demanda presentada.

3o.- Notifíquese, personalmente, al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, a los representantes legales de la Central Unitaria de

Trabajadores de Colombia "CUT", de la Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Bancarios de Colombia "FENANSIBANCOL" y de la Asociación Nacional de Empleados del Banco de la República "ANEBRE", y por estado.

4o.- Solicítese al mencionado Ministerio el envío de copia auténtica de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del acto acusado, para lo cual se concede un término de diez (10) días.

5o.- Fíjese el asunto en lista por un término de 5 días para los efectos del numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

6o.- No hay lugar a señalar el depósito de suma alguna para gastos ordinarios del proceso.

7o.- **Suspensión provisional.-** En la demanda se solicita se decrete suspensión provisional del numeral 2o. de la resolución 5946 del 14 de diciembre de 1992 proferida por el Jefe de la División de Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio del cual se requirió al Banco demandante que, en lo sucesivo, inicie las acciones de levantamiento del fuero sindical ante la jurisdicción competente, cuando se den causales analizadas en la parte motiva de dicha resolución.

La medida solicitada la sustenta el Banco demandante en la violación manifiesta de los artículos 38 y 39 de la Ley 31 de 1992 y 409 del C.S. del T., y se hace consistir; en síntesis, en que si los trabajadores del Banco a que se refiere el literal b) del mencionado artículo 38 se rigen entre otros estatutos por el mencionado Código y son empleados de confianza, no pueden gozar de fuero sindical, conforme a las previsiones del artículo 409 de ese Código; que se violó el artículo 41 del Decreto extraordinario 2351 de 1965 porque los funcionarios que allí se indican no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias, decisión ésta atribuída a los jueces, y finalmente que se transgredió el artículo 2o. del Decreto 2158 de 1948 que atribuye a la jurisdicción del trabajo la decisión de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo y el conocimiento de los asuntos sobre fuero sindical, cuando la resolución acusada decidió un conflicto originado en contratos de trabajo y se pronunció implícitamente sobre la existencia de fuero sindical en cabeza de trabajadores del Banco.

Para resolver, se considera:

1.- La suspensión provisional surte los mismos efectos cuando se decreta como consecuencia de la violación manifiesta de una norma o de varias, por lo cual la Sala se ocupará únicamente de la denuncia sobre la violación del artículo 2o. del Decreto 2158 de 1948 que atribuye a la jurisdicción del trabajo el conocimiento **de los asuntos sobre fuero sindical.**

Para la Sala es evidente que el acto acusado quebrantó aquella disposición legal al concluir, sin competencia, que los trabajadores del Banco de la República pueden

estar amparados por el fuero sindical porque de otra manera no lo habría requerido como lo hizo en su artículo 2o. Saber si algún trabajador o grupo de trabajadores goza de ese derecho es asunto atribuído a los jueces del trabajo y no a las autoridades del Ministerio del ramo.

Consecuentemente, la Sala suspenderá el artículo 2o. del acto acusado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dispone:

SUSPENDESE provisionalmente el artículo segundo de la resolución No. 005946 del 14 de diciembre de 1992 proferida por la Jefatura de la División de Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE COMO SE INDICO, COMUNIQUESE Y, EJECUTORIADA LA PROVIDENCIA, ENVIESE EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DEL MAGISTRADO PONENTE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de febrero de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno (aclara el voto).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUERO SINDICAL/CONTRATO DE TRABAJO/JURISDICCION LABORAL/ COMPETENCIA/(Aclaración de Voto)

Si bien el actor impugna un acto administrativo, su contenido tiene origen en un contrato de trabajo, de una parte; y de la otra, el juez asignado por la Ley para resolverlo es el Juez del Circuito Laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 2o. del C. de P.L., cuando prescribe que la jurisdicción laboral "conocerá de los asuntos sobre fuero sindical" que es el tema impugnado en el acto objeto de la presente controversia.

Aclaración de Voto.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 8356. Actor: Banco de la República.

La jurisdicción contencioso administrativo, por regla general, está instituída para conocer de todas las controversias de carácter administrativo suscitadas entre los particulares y la administración, con excepción de aquellos que expresamente la Ley le asigne a otra jurisdicción.

En el presente caso, si bien el actor impugna un acto administrativo, su contenido tiene origen en un contrato de trabajo, de una parte, y de la otra, el juez asignado por la Ley para resolverlo es el Juez del Circuito Laboral, conforme a lo dispuesto en el

artículo 2o. del C.de P.L., cuando prescribe que la jurisdicción laboral "conocerá de los asuntos sobre fuero sindical" que es el tema impugnado en el acto objeto de la presente controversia.

Atentamente,

Diego Younes Moreno.

EDIS/ENTIDAD DESCENTRALIZADA/PROCESO DISCIPLINARIO-Régimen Aplicable

No es absolutamente claro que este régimen -el atinente a las relaciones laborales y situaciones administrativas del personal de la administración central distrital-, le fuera aplicable a los servidores de las entidades descentralizadas del Distrito, aunque sí lo es en cuanto a las sanciones, según lo dispone el artículo 183 del Estatuto (Decreto 991 de 1974). De suyo, esto implicaría que al demandante se le aplicó en el trámite de la investigación disciplinaria un procedimiento que no era procedente en su caso particular. En la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS" existía para la época de los hechos un Manual de Funciones, adoptado por resolución No. 32 del 17 de agosto de 1971, de la Junta Directiva, en el que se incluyen las propias del Tesorero.

SANCION DISCIPLINARIA/DESTITUCION/FALSA MOTIVACION/ FALTA GRAVE/FONDOS OFICIALES-Manejo

La conducta que se le atribuyó al demandante no aparece clasificada en el Decreto 991 de 1974 (Estatuto de Personal del Distrito), - si fuese aplicable -, como grave. No resulta razonable la postura adoptada por la Personería, en el sentido de aplicarle solamente al señor Pinzón Avila la máxima sanción, -la destitución del cargo-, mientras exoneró al Gerente y se la redujo al Subgerente a una suspensión de treinta (30) días. De suyo, si el análisis de la situación litigiosa lo que comprueba es que el demandante no cometió una falta grave y, además, que se le aplicó un procedimiento disciplinario que al parecer no era el indicado, por manera que los actos acusados contienen una falsa motivación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8208. Asuntos Municipales. Actor: Jorge Pinzón Avila.

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 12 de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante la cual accedió a las pretensiones principales de la demanda incoada por Jorge Pinzón Avila contra el Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital) y la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS".

LA DEMANDA:

En el escrito de demanda (folios 28-39) se pidió la nulidad de los artículos 2o., 3o., 5o. y 6o. de la resolución 475 del 28 de septiembre de 1988 de la Personería del Distrito Especial de Bogotá; de los artículos 2o. y 3o. de la resolución 001 del 27 de febrero de 1989 de la misma entidad; y de la resolución 337 del 5 de abril de 1989 de la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS"; de igual manera, el reintegro y demás consecuencias económicas correspondientes. También se plantearon peticiones subsidiarias de las anteriores.

Como hechos en los cuales se fundamentan las pretensiones se dijo que Jorge Pinzón Avila desempeñó el cargo de Tesorero de la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS" desde el 31 de enero de 1983; en la fecha de su destitución tenía un sueldo mensual superior a cien mil pesos ($100.000.oo); el 26 de agosto de 1987 el actor y el Subgerente Financiero, con aceptación del Gerente, autorizaron al Gerente del Banco Popular, sucursal C.A.D., para que de una cuenta corriente de la empresa invirtiera la suma de cien millones de pesos ($100'000.000.oo) en un certificado de depósito a término de noventa (90) días; el Gerente le solicitó a la Contralora Auxiliar Distrital autorización para esa inversión; la Junta Directiva aprobó por mayoría de votos esa inversión, según acta 014 de 1987; la inversión en comento produjo una utilidad de seis millones setecientos cincuenta mil pesos ($6'750.000.oo); como la Personería Distrital consideró que había irregularidades en la inversión inició una investigación contra los tres funcionarios; posteriormente, exoneró al Gerente y le pidió a éste sancionar con destitución a los otros dos; en virtud de recurso de apelación la Personería modificó la sanción para el Subgerente Financiero por una suspensión de treinta (30) días, pero mantuvo la del demandante; por ello, el Gerente de la EDIS procedió a destituirlo. El actor interpuso recursos de reposición y apelación que le habían sido resueltos en la fecha de presentación de la demanda. Se afirma que los hechos investigados por la Personería no registraban ninguna irregularidad y de ninguna manera acreditaban una sanción tan drástica como la destitución.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA:

Tanto la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS" como el Distrito Especial de Bogotá designaron sendos apoderados, los que contestaron la demanda, pidieron pruebas y se opusieron a la prosperidad de sus pretensiones.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* accedió a las pretensiones principales del libelo de la demanda, partiendo del supuesto de que las autorizaciones previas para la constitución del CDT a que se refiere la parte demandada eran de cargo del Gerente y no del Tesorero; de otro lado, el Gerente tramitó y obtuvo esas autorizaciones, aunque extemporáneamente, y no hubo indelicadeza en el manejo de esos fondos. Estimó, igualmente, que en la decisión administrativa no se cumplieron los principios de igualdad y proporcionalidad porque a los superiores jerárquicos del demandante se les exoneró o se les impuso una sanción benigna, en tanto que a éste, que al fin y al cabo cumplía órdenes de aquellos se le impuso la máxima sanción, o sea, la destitución.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Para determinar la gravedad de las faltas que se le imputaron al demandante y que finalmente condujeron a su destitución, la Sala hará un breve recuento de lo que dicen al respecto los actos acusados, a saber:

1.- La resolución No. 475 del 28 de septiembre de 1988 dictada por la Personería Delegada para la Vigilancia de las Tarifas de los Servicios Públicos y Entidades Descentralizadas (folios 2-7) dice:

> "**CARGOS.-** Mediante providencia del 19 de octubre de 1987 o pliego de cargos Nos. 143/87 se llamó a responder a los inculpados JORGE PINZON AVILA, ANGEL F. GUTIERREZ GARCIA y ALBERTO HERRERA ROZO por invertir $100'000.000.oo de la EDIS en un C.D.T. a término de 90 días, sin contar con las autorizaciones del Contralor y de la Junta Directiva como lo exigen el artículo 118 del C.F.D. y la resolución reglamentaria de la Contraloría Distrital No.03 de 1986 en su capítulo III, Tema 03-04, literal b), actuación con la cual se consideró vulnerado el Decreto 991 de 1974 en sus artículos 166, numerales 1, 3, 8, 9, 11 y 12; 169 numerales 3, y 10, y 171 numerales 2 y 4; y además, el señor ALBERTO HERRERA ROZO por su actitud permisiva y complaciente al conocer las irregularidades anotadas generando en forma tácita su complicidad o anuencia".

Acto seguido, la providencia señala que el señor Pinzón Avila "en forma extemporánea se limitó a manifestar que la decisiva (sic) de hacer la inversión estaba sujeta a los decretos distritales 1084 del 15 de junio de 1987 y 1489 del 1o. de octubre del mismo año".

Más adelante, en los considerandos, se lee:

"De conformidad con los cargos formulados y las exculpaciones presentadas, el Despacho encuentra que el exgerente ALBERTO HERRERA ROZO manifiesta haber informado al Subgerente Financiero y al Tesorero de la EDIS de la necesidad de un aprovisionamiento de dineros para la cancelación de la nómina de diciembre, que tales funcionarios posteriormente le informaron que habían realizado el depósito de $100'000.000.oo en un C.D.T. en el Banco Popular, sin el lleno de los requisitos de Ley, y que para salvaguardar los intereses de la Empresa solicitó la autorización de la Contraloría e informó a la Junta, a fin de subsanar la falta de las autorizaciones previas. Sin embargo, enfatizó no haber tenido conocimiento o participación en el referido depósito y aseguró que la solicitud de provisión de dineros a sus subalternos no conlleva la pretermisión de las disposiciones pertinentes. Las aseveraciones del exgerente están corroboradas con la documentación que sobre el particular se aportó a la investigación, no existe plena prueba de que haya asumido una actitud muy permisiva o complaciente, ya que sólo está demostrada su actuación dirigida a subsanar la falta de las autorizaciones y, en consecuencia, no se encuentra fundamento legal para responsabilizarlo por los cargos proferidos en su contra.

El señor ANGEL F. GUTIERREZ, Subgerente Financiero, expresó que el Gerente autorizó efectuar una inversión temporal y que, con base en ella, el Tesorero procedió a constituir un C.D.T. a 90 días; que fue el Tesorero quien elaboró la carta dirigida al Banco autorizando la constitución del depósito y quien efectuó la consignación. Seguidamente, manifestó que la intención fue la de ganar unos intereses lo que significó un incremento del patrimonio de la Empresa. Por su parte, el Tesorero JORGE PINZON AVILA se limitó a expresar que la decisiva (sic) de hacer la inversión estaba sujeta a los Decretos 1084 del 15 de junio de 1987 y 1489 del 1o. de octubre del mismo año. Aún así, con el oficio DT-26-320-87 dirigido al Gerente del Banco Popular, Sucursal C.A.D., se comprueba que el Tesorero JORGE PINZON AVILA y el Subgerente Financiero ANGEL F. GUTIERREZ GARCIA lo autorizaron "para que de nuestra cuenta de la referencia invierta la suma de $100'000.000.oo en un C.D.T. a término de 90días a partir de la fecha" (folio 10), autorización que adolece de los soportes y comprobantes exigidos en el C.F. D., artículo 118 y en la resolución reglamentaria No. 03 de 1986 en su capítulo III -Tema 03-04, literal b) la cual fue proferida por la Contraloría Distrital. Por otra parte, el Subgerente Financiero no comprueba en forma alguna la presunta autorización que aduce el Gerente y a la cual se refirió en sus descargos, y analizados los textos de los Decretos distritales citados por el Tesorero no se encuentra una relación recíproca entre los cargos formulados y el contenido de los precitados Decretos puesto que debiendo responder por invertir $100'000.000.oo en un C.D.T. a 90 días sin contar con las autorizaciones requeridas, hecho del cual afirmaron el Gerente y Subgerente Financiero que era con el objeto de obtener una provisión de fondos

para el pago de la nómina de diciembre, el Tesorero pretende justificar su actuación manifestando que la inversión estaba sujeta a Decretos que declararon el estado de emergencia social y sanitaria en el Distrito, y a la prórroga en el término de su vigencia, argumentación que de ninguna manera justifica el proceder endilgado o desvirtúa los cargos formulados".

"En este orden de ideas, JORGE PINZON AVILA y ANGEL F. GUTIERREZ GARCIA se hallan responsables de los cargos formulados y, en consecuencia, acreedores a las sanciones correspondientes".

2o.- La resolución No. 001 del 27 de febrero de 1989 dictada por el Personero de Bogotá (folios 9-19) dice:

"IV- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO. La amplitud que puede alcanzar la opción de interpretar las normas se evidencia en la argumentación del señor apoderado y permite un reexamen de la situación remontado a sus primeros antecedentes".

"..."

"Como fórmula para la generación de recursos a destinar para el pago de nómina, aumentados posiblemente como resultado de la aplicación de los planes ordenados con motivo de la emergencia, es explicable la constitución de un Certificado de Depósito a Término, en una entidad bancaria cumplidora de las exigencias legales para entidades oficiales, con el fin de obtener unos rendimientos adecuados que permitieran incrementar presupuestalmente el rubro correspondiente a salarios en la EDIS. **Este Despacho tiene que declarar desde ya, que de la intención de los funcionarios responsables de tal determinación, debe desecharse el dolo y, por el contrario, abonarse, una motivación favorable a los intereses de la Empresa.** No obstante, toda operación o acción administrativa de orden financiero debe ceñirse a las normas sobre la materia, y las del orden fiscal son fundamentales. Si la constitución del C.D.T. pudiera encajar dentro de la contratación a que se refiere el artículo 229 del Código Fiscal, para el caso, esas mismas normas fiscales fijan los pasos a cumplir, y en la forma como se actuó por los doctores GUTIERREZ GARCIA y PINZON AVILA, tampoco se estaría dando cumplimiento a tales disposiciones." (Se subraya).

"..."

"Por su origen, los fondos materia de la presente investigación, eran de los constitutivos del activo del Tesoro Distrital, como se desprende incluso de la declaración del Tesorero, PINZON AVILA, al indicar: "... estos dineros entran a la Empresa como fondos comunes y obviamente la Empresa y el mismo Código nos manifiesta que hay unidad de Caja y por tal motivo estos dineros bien pueden

ser utilizados para cancelar gastos varios, nominales o para inversión..." (folio 5). Consecuentemente, el manejo de tales fondos debía estar estrictamente supeditado a las normas del capítulo III de la ya citada resolución reglamentaria No. 03 de 1986 del Contralor de Bogotá, y al existir reglamentación específica no tenía cabida la aplicación del artículo 304 del C.F. para los contratos de de derecho privado, por no estar contemplado en el artículo 303".

"...".

"La constitución del C.D.T. es plenamente explicable en el contexto de las normas fiscales en cita, y al indicar el procedimiento en el literal c.-06) 03.03, se indica: "La constitución de depósitos a término fijo se tramitará de conformidad con lo establecido en el subtema 03.04 de este Capítulo". Así que la remisión simplemente es a las normas del indicado subtema, cuyo literal b. preceptúa:**"La inversión**, reinversión y colocación de **fondos del Distrito Especial y sus entidades** descentralizadas, exceptuado las enumeradas en el Subtema 03.03 regla a. de este capítulo, deberán ser autorizadas por el Auxiliar Contralor (resolución reglamentaria 49 de 1986, artículo 1o. literal C),**previa aprobación de la Junta Directiva de la entidad inversionista"** (subrayamos).

"Al no respetar, como ha quedado demostrado y ha sido admitido por los funcionarios investigados, los requisitos estipulados por la Contraloría, hubo de su parte incumplimiento del deber que las normas disciplinarias contenidas en el Decreto 991 de 1974, artículo 166 numeral 1 fija en "Respetar, cumplir y hacer cumplir las leyes y los reglamentos", lo cual reporta violación al numeral 3 por no "Desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones propias del cargo", **infracciones que configuran las faltas leves** descritas en el artículo 169, numerales 3 y 10 por "Ser negligente con las órdenes relacionadas con sus funciones" e "Incumplir los deberes establecidos en el artículo 166 del presente Estatuto", respectivamente" (se subraya).

"La grave indisciplina atribuída (sic) por la Delegada, configurante de la falta descrita en el artículo 171 numeral 2 del Decreto 991 de 1974 surge del conjunto de las circunstancias en que se cometió la infracción a la reglamantación (sic) fiscal, al realizar una operación millonaria, sin contar con la autorización de la Junta Directiva de la Empresa y de la Contraloría de Bogotá, sin que pudiera haber lugar a confundir la operación y sus requisitos, claramente definidos en las normas del Código Fiscal y de la resolución reglamentaria No. 03 de 1986".

"Sinembargo, (sic) la materia disciplinaria admite la atenuación de las sanciones, cuando los motivos determinantes de la actuación no son atentatorios contra los intereses de la administración, y **las mismas normas fiscales están orientadas a sancionar cuando hay detrimento patrimonial o perjuicio contra los bienes distritales.** En el presente disciplinario, y así ha sido demostrado por los recurrentes, **el depósito de fondos produjo rendimientos en cuantía de**

$6'750.000, y así mal podría predicarse que los intereses económicos de la EDIS recibieron algún perjuicio; pero, si bien este Despacho puede admitir tal circunstancia como atenuante, no puede excluír (sic) de plano que el señor PINZON AVILA, comoTesorero de la EDIS, como empleado de manejo, como único responsable de la "custodia y distribución de caudales", no fue un ejecutor cabal de sus funciones y pretermitió pasos indispensables por mandato legal, y debió presentar a sus superiores inmediatos una tramitación ajustada a todas las normas y no sólo al criterio de obtener unos rendimientos, como si no se tratara de fondos oficiales cuyo principal deber es salvaguardar. Al pretermitir requisitos fiscales el obrar de un Tesorero no es diligente, pues la existencia de aquellos (sic) está respaldada fundamentalmente en que el erario se constituye con los aportes de los ciudadanos, y su manejo no puede estar expuesto a omisiones o descuidos" (se subraya).

Con asidero en estas y otras consideraciones similares, el Personero cambió la sanción del Subgerente Financiero por una suspensión de treinta (30) días y mantuvo la de destitución del actor.

3.- La resolución No. 337 del 5 de abril de 1989 del Gerente de la Empresa Distrital de Servicios Públicos - EDIS - (folio 22), se limita a invocar las dos resoluciones anteriores y adopta la sanción de destitución de Jorge Pinzón Avila.

Es importante precisar que la Personería adelantó la investigación mencionada partiendo del supuesto de que era aplicable al efecto el Decreto No. 991 del 31 de julio de 1974, mediante el cual el Alcalde Mayor de Bogotá expidió el "Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá" (folios 73-106), que estipula en cuanto a las faltas que se consideran como graves, lo que a continuación se transcribe:

"CAPITULO SEPTIMO.- FALTAS GRAVES.- ARTICULO CIENTO SETENTA Y UNO.- Son faltas graves por parte del empleado distrital:

1. Las reincidencias a las faltas citadas en el artículo 169, una vez agotadas las sanciones del artículo 170 del presente Estatuto.

2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratos o grave indisciplina que cometa el empleado distrital contra el Distrito, las Directivas Distritales o los compañeros de trabajo, durante o fuera del servicio.

3. El haber sido admitido en la Administración Distrital por medio de fraude o utilizando para su ingreso documentos falsos.

4. Todo daño material causado intencionalmente contra cualquiera de los bienes de propiedad del distrito (sic), así como la negligencia que ponga en peligro la integridad de las personas o cosas al servicio del Distrito.

5. Todo acto inmoral o delictuoso en el lugar del trabajo.

6. Incurrir en cualquiera de las incompatibilidades establecidas en el presente Estatuto.

7. Llegar al trabajo en estado de embriaguez, o bajo el efecto de drogas

estimulantes o narcóticos.

8. La inasistencia al trabajo por más de tres días sin causa justificada.

9. Violar la reserva que requieran los asuntos a su cargo.

10. Las demás que establezca (sic) la constitución, las leyes y acuerdos".

"ARTICULO CIENTO SETENTA Y DOS.- El empleado que incurra en cualquiera de las faltas graves anteriormente enumeradas será destituído, una vez comprobada la falta sin perjuicio a (sic) las acciones penales o civiles que deban adelantarse".

Sin embargo, no es absolutamente claro que este régimen -el atinente a las relaciones laborales y situciones administrativas del personal de la administración central distrital -, le fuera aplicable a los servidores de las entidades descentralizadas del Distrito, aunque sí lo es en cuanto a las sanciones, según lo dispone el artículo 183 del Estatuto (Decreto 991 de 1974).

De suyo, esto implicaría que al demandante se le aplicó en el trámite de la investigación disciplinaria un procedimiento que no era procedente en su caso particular.

Fuera de ello, es necesario señalar que en la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS", existía para la época de los hechos un Manual de Funciones adoptado por resolución No. 32 del 17 de agosto de 1971, de la Junta Directiva (fls. 117-169) en el que se incluyen las propias del Tesorero (fl. 137) que son:

"1.- Recibir todos los dineros de la Empresa provenientes de pagos de servicios, arrendamientos, venta, devoluciones, aportes, etc.

2.- Formular y agilizar el cobro de estos dineros.

3.- Efectuar quincenalmente el pago de nómina y planillas cuando reciba las autorizaciones de la Gerencia y el visto bueno de la Auditoría.

4.- Hacer el pago de las obligaciones contraídas por la Empresa cuando haya sido autorizado por la Gerencia y recibido el visto bueno de la Auditoría.

5.- Mensualmente, rendir informes a la Auditoría Fiscal de las operaciones realizadas en el período.

6.- Enviar diariamente a contabilidad documentos referentes a los pagos, cobros y consignaciones realizadas.

7.- Autenticar con su firma todos los cheques girados por la Empresa.

8.- Todas las demás que le asigne el Jefe y que tengan relación con las funciones del cargo".

De otro lado, se tiene que el Gerente de la EDIS solicitó las autorizaciones previstas en las disposiciones reglamentarias, pero con posterioridad a la orden al Banco Popular para que constituyera el C.D.T. tantas veces citado. La Junta Directiva del organismo, pese a los reparos que formularon algunos de sus miembros, lo autorizó, a posteriori, para ese propósito (folio 24).

Esto significa, entonces, que las faltas que pudieron haberse cometido con esta tramitación eran imputables en primer término, al representante legal de la EDIS, o sea, su Gerente; y en segundo término, por la delegación o coordinación que debió existir en estas materias, al Subgerente Financiero y el Tesorero. Por consiguiente, si la Personería encontró que el Gerente no era responsable y lo exoneró ha debido darle un tratamiento similar a sus subalternos.

Ahora bien, si existió falta disciplinaria, es indudable que la misma fue compartida entre los tres funcionarios; y como ya se dejó planteado, la conducta que se le atribuyó al demandante no aparece clasificada en el Decreto 991 de 1974 (Estatuto de Personal del Distrito) - si fuese aplicable - como grave.

La Sala no puede dejar de advertir en relación con lo expresado por el a-quo, cuanto a la conducta que se le imputó al actor que, aunque la inversión hecha por éste produjo rendimientos para la entidad, ello no es óbice para señalar que las normas relacionadas con el manejo de dineros públicos deben cumplirse de manera estricta y rigurosa, en aras de un manejo diáfano, transparente, de los fondos oficiales.

Por otro lado, es evidente que el Gerente Alberto Herrera Rozo le había dado instrucciones al actor y al Subgerente Financiero para tramitar esa inversión.(Folios 28 y 34, cuaderno No. 4).

En ese orden de ideas, no resulta razonable la postura adoptada por la Personería en el sentido de aplicarle solamente al señor Pinzón Avila la maxima sanción, -la destitución del cargo-, mientras exoneró al Gerente y se la redujo al Subgerente a una suspensión de treinta (30) días. Lógicamente, la Sala no puede modificar esas decisiones porque en la medida en que no están demandadas aquí carece de competencia para ello.

De suyo, si el análisis de la situación litigiosa lo que comprueba es que el demandante no cometió una falta grave y, además, que se le aplicó un procedimiento disciplinario que al parecer no era el indicado, no se colige que estuviese justificada su destitución, de manera que los actos acusados contienen una falta motivación, y por ello se confirmará el fallo del *a-quo*.

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 aquellos.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 12 de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante la cual accedió a las pretensiones principales de la demanda incoada por el señor Jorge Pinzón Avila contra el Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital) y la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS", con la adición de que deberán descontarse las sumas que por iguales conceptos y durante el mismo período haya recibido de otras entidades oficiales que resulten incompatibles, según lo establecido en los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 3 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora; Pedro Manuel Charria Angulo,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TERMINO LEGAL-Cómputo/**VACANCIA JUDICIAL/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD/REPOSICION DE TERMINOS-**Improcedencia

La Ley 4a. de 1913 (C.R.P.M.) en sus artículos 59 y 62 ordena que "Todos los plazos de días, meses y años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día de plazo"; y "...Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o vacante se extenderá el plazo hasta el primer día hábil". En el caso *sub-lite,* por corresponder a una plazo de meses se trata del término de caducidad en un proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho- se debe computar según el calendario y por vencer en día de vacancia judicial se entiende al día hábil siguiente. Sabido es que el término de caducidad no es susceptible de suspensión ni de interrupción, salvo con la presentación de la demanda, debido a que los plazos de ley para interponer las acciones están determinados en forma objetiva y, por ello, la reposición de términos que pretende el recurrente es improcedente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 9068. Apelación Auto. Actor: Alfonso Pinilla Contreras.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 13 de agosto de 1993 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

El Tribunal rechazó la demanda por considerar que se encontraba caducada la acción, con base en lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 14 de enero de 1993, y el acto acusado fue notificado el 26 de agosto de 1992; el término para interponer la acción, dijo, vencía el 26 de diciembre de 1992, pero como no era día hábil por la vacancia judicial, debió interponerse el primer día hábil siguiente, es decir, el 12 de enero de 1993.

El apelante por su parte manifiesta que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 62 de la Ley 4a. de 1913, porque esta norma hace relación a la hipótesis de que en el término de años o meses su último día sea feriado o de vacante, que no es el caso *sub-júdice*, en el que los últimos 8 días del término fueron de vacante. Agrega que en estos casos, por lógica, si a quien le falte un día la ley le concede otro, a quien le falten 8 se le deben conceder otro tanto. Que como en el presente caso, faltaban 8 días, debió concedérsele un término igual para presentar su demanda, es decir hasta el día 19 de enero de 1993.

Para resolver se **CONSIDERA:**

La Ley 4a. de 1913 (C.R.P.M.) en sus artículos 59 y 62 ordena que "todos los plazos de días, meses y años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día de plazo"; y "... Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil". En el caso *sub-lite,* por corresponder a un plazo de meses -se trata del término de caducidad en un proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho- se debe computar según el calendario y por vencer en día de vacancia judicial se entiende al día hábil siguiente.

Sabido es que el término de caducidad no es susceptible de suspensión ni de interrupción, salvo con la presentación de la demanda, debido a que los plazos de Ley para interponer las acciones están determinados en forma objetiva y, por ello, la reposición de términos que pretende el recurrente es improcedente.

De la exposición anterior y teniendo en cuenta que el Edicto que notificó el acto acusado se desfijó el día 26 de agosto de 1992, el plazo de 4 meses venció el 26 de diciembre de 1992, pero como era un día no hábil por razón de la vacancia judicial la demanda debió intentarse el primer día hábil siguiente, es decir el 12 de enero de 1993 y no el 14 del mismo mes y año.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

1o.- CONFIRMAR el auto del 13 de agosto de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

2o.- En firme este auto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites**/DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES/BONIFICACION/CORPORACIONES JUDICIALES/SUSPENSION PROVISIONAL**

El poder reglamentario, cualquiera que sea el funcionario que lo ejercite en uso de atribuciones constitucionales o legales, se debe encaminar a desarrollar y facilitar la cumplida ejecución de las disposiciones reglamentadas, pero no puede ampliar o restringir su alcance, como ocurre cuando se aumentan los requisitos señalados en la norma superior para adquirir un determinado derecho por parte de los administrados. De otro lado, el aparte acusado establece una distinción que no es propia del reglamento, pues conforme al mismo no tendría derecho a la bonificación despachos judiciales que, no obstante estar al día el 31 de diciembre de 1992, no hayan presentado congestión durante el curso del citado año judicial. Si bien el artículo tercero del acuerdo define cuándo se entiende que un despacho está al día, el 31 de diciembre de 1992, no hizo lo propio con relación a la situación de "congestión" durante el año judicial de 1992, lo cual podría conducir a un tratamiento discriminatorio con relación al pago de la bonificación, a pesar de que varios despachos judiciales cumplan el primer requisito, pues se les podría privar de aquel derecho con apoyo en la nueva exigencia introducida en la disposición impugnada. Cuestión similar ocurre con el parágrafo segundo del artículo primero pues en él se excluyen de la bonificación a los funcionarios y empleados pertenecientes a las Corporaciones Judiciales. Resulta también ostensible la violación de la norma superior, pues el

artículo 44 del Decreto Ley 2651 de 1991 alude a los jueces, funcionarios y empleados de un "determinado despacho judicial", expresión genérica que alude a todos los órganos de la rama judicial, unipersonales o colegiados, a los cuales la Constitución y la Ley les atribuye la función pública de administrar justicia. La expresión "juez" se debe entender en sentido genérico, como lo señala el artículo 230 de la Constitución. SUSPENDESE la parte final del artículo primero del Acuerdo 06 de 29 de marzo de 1993 en la parte que dice: "siempre que hayan presentado congestión el 10 de enero de 1992 o durante el período posterior" y la totalidad del parágrafo segundo del mismo artículo primero. NIEGASE la suspensión provisional de los restantes artículos del acuerdo citado. NIEGA la suspensión provisional de los restantes artículos de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Conjuez Ponente: *Doctor Pedro Charria Angulo.*

Referencia: Expediente No. 8130. Actor: Juan Sandoval Roa. Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 06 de 1993 del Consejo Superior de la Judicatura.

El doctor JUAN SANDOVAL ROA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda ante esta Corporación la declaratoria de nulidad con suspensión provisional del acuerdo No. 06 de marzo veintinueve (29) de 1993 emanado de la Sala Plena del H. Consejo Superior de la Judicatura.

En forma principal solicita el actor la nulidad total del citado acuerdo y de manera subsidiaria de la parte final del artículo primero que dice: "... siempre que hayan presentado congestión el 10 de enero de 1992 o durante el período posterior" y del parágrafo segundo del mismo artículo en su integridad que reza: "También estarán excluídos del pago de la bonificación los funcionarios y empleados pertenecientes a las Corporaciones Judiciales".

Por cuanto la demanda reúne los requisitos formales señalados en el artículo 137 del C. C.A., se admitirá en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL

La solicitud de suspensión cumple las exigencias formales previstas en el artículo 152 del C.C.A., por lo cual se procede al estudio de fondo, teniendo en cuenta la sustentación que el demandante concreta en los siguientes términos:

"Con fundamento en el artículo 152 del C.C.A., solicito la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, por ser ostensiblemente contrario al artículo 189-11 de

la Constitución Política, que le entrega de manera exclusiva el poder reglamentario de la Ley al señor Presidente de la República, en concordancia con los artículos 2, 25 y 113, y 116 *ibídem.*

"También por ir contra la norma superior de derecho, o sea, el artículo 44 del propio Decreto reglamentado, en la medida que éste no excluye a los magistrados, funcionarios y empleados de las Corporaciones Judiciales, que también son jueces que administran justicia, aún cuando lo hagan de manera colegiada, a consecuencia de lo cual resultan indudablemente quebrantados los artículos 189-11 y 257-3 de la Constitución, y, además, por cuanto se establece un requisito adicional al previsto en la norma reglamentada como es el relativo a que el Despacho judicial respectivo "haya presentado congestión el 10 de enero de 1992 o durante el período posterior".

Como se desprende claramente de la anterior transcripción, el actor apoya la solicitud de suspensión de la totalidad del Decreto en la violación del artículo 189-11 de la Constitución, en concordancia con los artículos 2, 25, 113 y 116 de la misma Carta, pues a su juicio la potestad reglamentaria corresponde de manera exclusiva al señor Presidente de la República, al tenor de las normas citadas.

Se tiene, sin embargo, que en el artículo 257-3 de la Carta le otorga al H.Consejo de la Judicatura, entre otras funciones, la de "dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia..." (numeral 3) y resulta que la norma superior reglamentada por el acuerdo acusado, o sea el artículo 44 del Decreto Ley 2651 de 1991 forma parte del Estatuto expedido por el Gobierno Nacional con apoyo en el aparte e) del artículo transitorio 5o. de la Constitución de 1991, con el fin de contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, materia ésta que tiene estrecha relación con el eficaz funcionamiento de la administración de justicia.

De lo anterior se concluye que por este primer aspecto no aparece ninguna violación *"prima facie"* de la norma superior, pues la definición de si en la nueva Carta Fundamental de 1991 la potestad reglamentaria quedó o no restringida al señor Presidente de la República, es asunto que sólo podrá resolverse cuando se adelante el estudio final de la impugnación.

En consecuencia, no se accederá a la petición de suspensión provisional contra la totalidad del Acuerdo No. 06 de 1993 del H. Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo que respecta a la solicitud de suspensión provisional parcial se tiene lo siguiente:

Del texto del artículo 44 del Decreto Ley 2651 de 1991 se desprende como únicos requisitos para tener derecho a la bonificación allí prevista, los siguientes:

a) Que el juez, funcionarios o empleados de un determinado despacho judicial "estén al día a 31 de diciembre de 1992" o a "30 de junio de 1993" (incisos primero y segundo).

b) Que el respectivo despacho no haya sido auxiliado "por un juez de descongestión o un juez ad hoc" (Parágrafo).

No obstante lo anterior, el artículo primero del Acuerdo No. 06 de 1993 en su parte final añade una nueva exigencia para tener derecho a la bonificación, consistente en que el despacho judicial no solamente debe estar al día en la fecha primeramente indicada, sino también haber presentado congestión durante el curso del año judicial de 1992.

El poder reglamentario, cualquiera que sea el funcionario que lo ejercite en uso de atribuciones constitucionales o legales, se debe encaminar a desarrollar y facilitar la cumplida ejecución de las disposiciones reglamentadas, pero no puede ampliar o restringir su alcance, como ocurre cuando se aumentan los requisitos señalados en la norma superior para adquirir un determinado derecho por parte de los administrados.

De otro lado, el aparte acusado establece una distinción que no es propia del reglamento, pues conforme al mismo no tendrían derecho a la bonificación despachos judiciales que, no obstante estar al día el 31 de diciembre de 1992, no hayan presentado congestión durante el curso del citado año judicial.

En efecto, si bien el artículo tercero del acuerdo define cuándo se entiende que un despacho está al día el 31 de diciembre de 1992, no hizo lo propio con relación a la situación de "congestión" durante el año judicial de 1992, lo cual podría conductir a un tratamiento discriminatorio con relación al pago de la bonificación, a pesar de que varios despachos judiciales cumplan el primer requisito, pues se les podría privar de aquel derecho con apoyo en la nueva exigencia introducida en la disposición impugnada.

Cuestión similar ocurre con el parágrafo segundo del artículo primero, pues en él se excluyen de la bonificación a los funcionarios y empleados pertenecientes a las Corporaciones Judiciales.

Resulta también ostensible la violación de la norma superior, pues el artículo 44 del Decreto Ley 2651 de 1991 alude a los jueces, funcionarios y empleados de un "determinado despacho judicial", expresión genérica que alude a todos los órganos de la rama judicial, unipersonales o colegiados, a los cuales la Constitución y la Ley les atribuye la función pública de administrar justicia. La expresión "juez" se debe entender en sentido genérico como lo señala el artículo 230 de la Constitución.

De lo anterior se desprende que al establecer la norma enjuiciada una exclusión no prevista en la que dijo reglamentar, resulta evidente que incurrió en violación ostensible y la medida cautelar está llamada a prosperar, pues se desprende de una sencilla comparación de las disposiciones citadas, conforme lo exige el artículo 152 numeral 2o. del C.C.A.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjueces,

RESUELVE:

1o.- ADMITESE la demanda presentada por el doctor JUAN SANDOVAL ROA contra la totalidad del acuerdo No. 06 del veintinueve (29) de marzo de 1993, emanado de la Sala Plena del H. Consejo Superior de la Judicatura, y en subsidio contra la parte final del artículo primero y el parágrafo segundo del mismo artículo.

2o.- NOTIFIQUESE PERSONALMENTE a los señores Presidente del H. Consejo Superior de la Judicatura y al señor Ministro de Justicia.

3o.- NOTIFIQUESE PERSONALMENTE al señor Agente del Ministerio Público.

4o.- Por la Secretaría, SOLICITESE el envío de los antecedentes del Acuerdo No. 06 del veintinueve (29) de marzo de 1993 del H. Consejo Superior de la Judicatura.

5o.- FIJESE EL PROCESO EN LISTA por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

6o.- SUSPENDASE la parte final del artículo primero del Acuerdo No. 06 del veintinueve (29) de marzo de 1993 en la parte que dice: "siempre que hayan presentado congestión el 10 de enero de 1992 o durante el período posterior" y la totalidad del parágrafo segundo del mismo artículo primero.

7o.- NIEGASE la suspensión provisional de los restantes artículos del acuerdo citado, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala de Conjueces en su sesión del día ocho (8) de marzo de 1994.

Javier Díaz Bueno, Alvaro Díaz Granados (ausente), *Carmenza Arana de Ramírez, Luis Arturo Lizcano Blanco* (ausente), *Germán Escobar Ballestas, Pedro Charria Angulo.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DE PERIODO/ESTABILIDAD

El actor desempeñaba un empleo de período fijo por el término de dos años (1o. de enero de 1988 al 31 de diciembre de 1989) y que fue desvinculado del cargo antes de que se venciera dicho período, es decir, cuando gozaba de estabilidad laboral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6259. Actos de las Asambleas. Actor: Samir Tom Anderson.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia del 31 de julio de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de apoderado judicial, el señor Samir Tom Anderson presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, con el fin de que se declare la nulidad de la resolución No. 121 del día 10 de abril de 1989, mediante la cual se hacen unos nombramientos y un traslado dentro de la planta de personal de la Asamblea Departamental de Bolívar, emanada de la Mesa Directiva de esta Corporación administrativa. Pidió, además, el correspondiente restablecimiento del derecho (folios 1 y 2).

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones manifiesta que la Asamblea Departamental de Bolívar en las sesiones ordinarias de 1987 aprobó en sus debates reglamentarios las ordenanzas números 3 y 4, a través de las cuales se fija, respectivamente, la planta de personal de ese cuerpo colegiado y se determina su organización administrativa; que en la primera de las ordenanzas aludidas se crearon los cargos de 4 profesionales especializados y por la segunda señaló un período fijo de 2 años para su ejercicio; que más tarde por resolución No. 002 de la Mesa Directiva se especificaron los cargos de la planta de personal que tienen período fijo de 2 años; que por resolución No. 006 se nombró, entre otros, al demandante en el cargo de profesional especializado y se especifica en este acto que el término de su nombramiento es por dos años; que el actor tomó posesión del empleo el 18 de enero de 1988 y prestó sus servicios hasta el mes de abril de 1989; que no existiendo circunstancias que atentaran contra su buena capacidad de trabajo, su cumplimiento en el mismo y su honrado desempeño durante el tiempo que prestó sus servicios, fue destituído simple y llanamente, sin considerando alguno, mediante la resolución No. 121 del 10 de abril de 1989 (folios 2, 3 y 4).

Como disposiciones violadas el libelo cita el artículo 1o. de la Ordenanza 03 del 29 de octubre de 1987, y el artículo 23, parágrafo, de la Ordenanza No. 4 del 30 de octubre del mismo año, proferidas por la Asamblea Departamental de Bolívar.

Expone como concepto de la violación que el artículo 26 del Decreto 1222 de 1986 contentivo del Código de Régimen Departamental, se refiere a la organización y funcionamiento de las Asambleas Departamentales; que a éstas les corresponde por medio de ordenanzas determinar a iniciativa del Gobernador la estructura de la organización departamental, las funciones de las distintas dependencias y la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo; que con base en dicha disposición, la Asamblea Departamental de Bolívar dictó las mencionadas Ordenanzas números 3 y 4, normas de carácter superior que deben acatarse y cumplirse por las autoridades respectivas; que sólo tiene facultad de revocar los actos ordenanzales la misma Asamblea Departamental, pero nunca la Mesa Directiva de la Corporación, quien está obligada a respetar las ordenanzas por ser normas superiores a las resoluciones emanadas de esa directiva, la cual no puede desconocer los derechos adquiridos previamente por una ordenanza; que así las cosas, careciendo la Mesa Directiva de la facultad de desconocer los períodos establecidos por las ordenanzas, mal podía destituir al demandante de su empleo (folios 4 y 5).

La sentencia consultada

El Tribunal del conocimiento en la sentencia consultada, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (folios 60 y 61).

El *a-quo*, consideró, en síntesis, que en este asunto no está demostrado que el demandante hubiera acreditado su idoneidad para ejercer el cargo de profesional especializado, ni tampoco que hubiera acreditado las equivalencias, indicadas en el

artículo 14 del Decreto 883 de 1987 que regula los requisitos básicos para el desempeño de los empleos del Departamento de Bolívar; que si lo anterior podría ser motivo para declarar de plano insubsistente el nombramiento del demandante, antes de la terminación del período para el cual fue designado, se pregunta el Tribunal por qué razón le dieron posesión, si no demostró los requisitos en el acto de posesión; que el nombramiento del actor lo efectuó la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental de Bolívar, por el término de 2 años a partir del 1o. de enero de 1988; que el acto de la designación no afirma que el nombramiento se hizo en interinidad, por lo que debe entenderse que se realizó en propiedad; que el artículo 278 del Código de Régimen Político y Municipal determina que los períodos de los empleos creados por ordenanzas y acuerdos serán fijados por las respectivas Asambleas Departamentales o Concejos Municipales; que acorde con lo anterior, la resolución acusada número 121 de 10 de abril de 1988, a través de la cual se nombró al reemplazo del demandante sin haberse vencido el período de dos años para el que fue designado el actor, es violatoria de la Ordenanza No. 04 de1987, la cual en el parágrafo del artículo 23 consagra un período de dos años para el cargo de profesional especializado; que en el caso sub-exámine, el nombramiento del actor no fue impugnado en su oportunidad legal y la resolución que declara insubsistente su nombramiento o que lo reemplaza no es motivada o no le fue adelantado proceso administrativo; que, sin embargo, el actor no puede ser restituído al cargo que ocupaba, pues su período venció el 31 de diciembre de 1990, por lo cual tiene derecho a que se le paguen los emolumentos y prestaciones desde el día en que fue removido hasta esa fecha.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Consta en autos que el demandante mediante resolución número 006 del 8 de enero de 1988 de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental de Bolívar, fue designado como profesional especializado de esa Corporación administrativa por el término de dos años a partir del 1o. de enero de 1988 (folio 14); que tomó posesión del citado cargo el día 18 del mismo mes y año (folio 9); que mediante la resolución acusada número 121 del 10 de abril de 1989 de la referida Mesa Directiva, el demandante fue reemplazado en su cargo por el señor Jaime Díaz Turizo (folio 15); que por oficio número 147 del 25 de abril de ese año el Secretario General le comunicó al actor la decisión adoptada en el acto impugnado (folio 12); que según certificación de este funcionario, hasta el 2 de mayo de 1989 el demandante desempeñó el cargo, fecha en la cual tomó posesión de su reemplazo (folio 10).

Ahora bien, en la resolución No. 02 del 4 de enero de 1988 de la Mesa Directiva de dicha Corporación (folio 13) se determinó que los cargos de profesionales especializados tienen período fijo de dos años a partir del 1o. de enero de 1988, de conformidad con la Ordenanza No. 4 de 1987; que ésta señala en el parágrafo del artículo 23 (folio 16) que los cargos de Jefe de Oficina y los cuatro de profesionales especializados serán nombrados para un período de dos años, empleos que habían sido

establecidos en la planta de personal de la Asamblea, según el artículo 1o. de la Ordenanza No. 03 de 1987 (Folio 16).

De otro lado, la Sala considera que lo expuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cartagena en su concepto que obra a folios 25 a 35, respecto de que el demandante podía ser removido en cualquier momento de su empleo, en virtud de que muchos de los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo de profesional especializado que ocupaba el actor "no debieron ser cumplidos pues en el acta de posesión correspondiente no aparecen relacionados, y seguramente no se anotaron por no reunir el demandante alguno de ellos", no es razón suficiente para desconocer el derecho a la estabilidad laboral que tenía el señor Samir Tom Anderson, hasta cuando se venciera el período para el cual había sido nombrado, pues, por una parte, esa circunstancia no aparece acreditada como motivo del retiro del servicio del actor, y de otro lado, el hecho de que en el acta de posesión no se encuentren relacionados algunos de los requisitos específicos exigidos, como el grado universitario y curso de especialización o postgrado, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 883 de 1987 (folio 37) no es tampoco motivo válido para llegar a la conclusión de que el demandante no cumplía con las calidades necesarias para ocupar el cargo de profesional especializado de la Asamblea Departamental de Bolívar, porque no es usual que en el acta de posesión se aluda a esa clase de requisitos, sino a los comunes, como los que aparecen reseñados en el acta de 18 de enero de 1988 (folio 9). Como es de conocimiento, es función propia del Jefe de Personal del organismo o del funcionario que haga sus veces, verificar con la debida antelación al momento en que el empleado toma posesión del cargo, que sí cumple con las exigencias legales para su desempeño.

De lo expuesto se infiere que el actor desempeñaba un empleo de período fijo por el término de dos años (1o. de enero de 1988 a 31 de diciembre de 1989) y que fue desvinculado del cargo antes de que se venciera dicho período, es decir, cuando gozaba de estabilidad laboral, por lo cual se confirmará la sentencia consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, pero se revocará el ordinal 2o. de la parte resolutiva del fallo, ya que el término del vencimiento del período respectivo se producía el 31 de diciembre de 1989 y no el 31 del mismo mes de 1990, como equivocadamente lo consideró el *a-quo*.

De otra parte, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 64 de la anterior Constitución Política, en armonía con el artículo 128 de la actual, se ordenará el descuento de lo percibido del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, por concepto de salarios y prestaciones sociales desde su desvinculación hasta el vencimiento del período

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida el 31 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso instaurado por Samir Tom Anderson, en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 121 del 10 de abril de 1989, en cuanto desvinculó al demandante como profesional especializado de la Asamblea Departamental de Bolívar, salvo el ordinal 2o., que se revoca, y quedará así:

"SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, condénase al Departamento de Bolívar a pagar al señor Samir Tom Anderson los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue desvinculado como profesional especializado al servicio de la Asamblea Departamental de Bolívar hasta el 31 de diciembre de 1989, descontando lo que por los mismos conceptos y durante el referido período haya percibido del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día tres de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora (aclara el voto), *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA/ DESCUENTO-Improcedencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/EMPLEO PUBLICO**-Inexistencia/**ANALOGIA**-Improcedencia/(Aclaración de Voto)

Las sumas a que se condena en la sentencia firmada, 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.

Aclaración de Voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Juicio No. 6259. Actos de las Asambleas. Actor: Samir Tom Anderson.

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 parcialmente las condenas se

ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló - de manera reiterada - algunos razonamientos de la siguiente guisa:

> "Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".
>
> "El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:
> Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las Leyes. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios".
>
> La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no 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 reglamentaria con otra Entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza."

"La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse."

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio, los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio ...". (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H.Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11/87; de igual manera, en el expediente No. 29629, Ponente: H.Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el expediente 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 (artículo 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.

CARRERA JUDICIAL/FUNCIONARIO DE HECHO/PERIODO JUDICIAL/NOMINADOR-Facultades**/DERECHO A ELEGIR/LISTA DE ELEGIBLES**

El último período para el cual fue nombrado el demandante como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fue el comprendido entre el 1o. de agosto de 1985 y el 31 de julio de 1989 (artículo 26 del Decreto 1660 de 1978). No existe prueba en el expediente que acredite que tal designación se hizo previa selección mediante concurso, para ingreso a la carrera, lo cual determina, obviamente, que el actor no ingresó a ella (artículos 49 y 56 del Decreto 250 de 1970). Si el actor desempeñó el cargo hasta el 15 de octubre de 1989, ello significa que el derecho a la estabilidad que le confería la Ley,durante el respectivo período, le fue respetado (regla última del artículo 7o. del Decreto 250 de 1970). En el momento en que fue elegida otra persona en el cargo que estaba desempeñando el actor el 11 de septiembre de 1989, éste era un funcionario de hecho, pues el nombramiento que había recibido para desempeñarse allí hasta el 31 de julio de ese año, ya se había agotado y cumplido a cabalidad; por ende, no puede alegarse, con éxito, que no podía ser retirado del servicio. Cuando se expidió el acto acusado, los sistemas de concurso tenían como finalidad la selección de candidatos y tratándose de magistrados de los tribunales superiores debían ser elegidos por la Corte Suprema de Justicia (artículo 156 *ibídem*), de lo cual se infiere que dentro de ese sistema electoral, ningún candidato puede tener derecho a que los electores voten por él y no elijan, pues ello implicaría no la potestad de elegir sino la obligación de hacerlo, contrariándose los mandatos de la Carta. Si lo anterior no fuera

así, se tendría que el resultado de los concursos no sería el de obtener una lista de elegibles, de candidatos, sino de Magistrados respecto de los cuales sobraría el proceso electoral, contrariándose igualmente aquella.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 8422. Autoridades Nacionales. Actor: Raúl Trujillo Cortés.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el abogado RAUL TRUJILLO CORTES contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de enero de 1993, por medio de la cual se le denegaron, entre otras pretensiones, la de reintegro al cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal - y el pago de los haberes dejados de percibir.

El acto administrativo acusado fue proferido por la Corte Suprema de Justicia el 11 de septiembre de 1989 y, por medio de él, fue elegida en dicho cargo la doctora Soledad Cortés de Villalobos en reemplazo del demandante, quien no fue elegido.

En la demanda, afirma el actor que ingresó a la rama jurisdiccional el 1o. de marzo de 1970, en el cargo de Juez 18 de Instrucción Criminal; que se desempeñó como Juez 12 Superior, desde el 1o. de septiembre de 1973 hasta el 31 de julio de 1979; que desde el día siguiente desempeñó el cargo de Magistrado de la Sala Penal del mencionado Tribunal Superior; que el actor no registra antecedentes penales ni disciplinarios y que durante toda su permanencia en el servicio público se distinguió por su acrisolada honorabilidad, estricta dedicación al cumplimiento del deber, su excelente preparación e idoneidad, incansable empeño de superación y vocación de verdadero apostolado a la Magistratura, a la cual se dedicó en cuerpo y alma, como suele decirse, sin importarle las amenazas y contratiempos que se le presentaron por el hecho de ser uno de los más sobresalientes y consagrados administradores de justicia; que entre 80 concursantes que aspiraban al cargo de Magistrado de Tribunal Superior el demandante ocupó el segundo puesto, con un total de 77 puntos de calificación, cinco por debajo del primero; que la persona elegida en su reemplazo quedó en el puesto 12 con 60 puntos de calificación; que para la fecha de su desvinculación no se encontraba el actor en edad de retiro forzoso, ni presenta incapacidad física o mental; que el demandante pertenecía a la carrera judicial y por ende, estaba amparado por la estabilidad en el cargo, máxime cuando no había llegado a la edad de retiro forzoso y había ocupado un destacado lugar de calificación entre los 80 concursantes; que cuando el actor fue desvinculado, contaba con 55 años de edad, el acto de su desvinculación se ejecutó realmente el día 15 de octubre de 1989, fecha hasta la cual desempeñó sus funciones y, que el último sueldo devengado fue de $ 430.000.oo

En el capítulo de las normas violadas se invocaron los artículos 16, 17, 160, 161 y 162 de la anterior Constitución Política, 82 a 85 y 136 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989 y 176 a 178 del mismo código, 1o., 2, 6, 7, 25, 29 a 33, 63 y 72 del Decreto 250 de 1970, 8, 39, 115, 127 a 131, 142, 157 y 158 a 177 del Decreto reglamentario 1660 de 1978 y 1o., 4, 5, 7, 27 y 29 del Decreto 52 de 1987.

En el concepto de la violación se expone, en síntesis, que la designación en propiedad, a términos de los artículos 2, 6 y 7 del Decreto 250 de 1970, genera el derecho a la estabilidad y a la permanencia en el cargo, estabilidad igualmente asegurada por el artículo 1o. del Decreto 52 de 1987; que el Sistema de Méritos fue desvirtuado por no respetarse su calificación obtenida entre 80 concursantes, pues la mayor calificación que obtuvo lo hacía más idóneo en relación con la persona que fue elegida en su reemplazo, debiendo habérsele designado, sin que lo dicho sea un ataque o crítica contra la persona nombrada, por tratarse de una acción ejercida para que se respete la estabilidad en el cargo, dimanante de una mayor calificación; que si lo anterior no fuera así, cabría preguntar para qué se convoca a los interesados para que participen en el concurso, ya que no tiene sentido el concurso si los mejores salen del servicio y los que no lo son sí son elegidos; que los ganadores del concurso tienen derecho a la estabilidad en el cargo y a ser nombrados o reelegidos y, por ello, el artículo 29 del Decreto 52 de 1987 preceptúa que en firme la calificación, se procederá al nombramiento del ganador o ganadores; que el demandante fue ganador frente a la persona nombrada que ocupó el puesto 12, por lo cual el acto acusado violó en forma directa, por falta de aplicación, la última norma indicada y, finalmente, que se violó el artículo 17 de la Constitución Política que consagra que el trabajo gozará de la especial protección del Estado, por las razones expuestas anteriormente.

La sentencia apelada, consideró que como el demandante no pertenecía a la carrera judicial sólo tenía derecho a la estabilidad durante el período para el cual fue elegido, o sea el comprendido entre el 1o. de agosto de 1985 y el 31 de julio de 1989, lo cual se cumplió al haber desempeñado el cargo hasta el 13 de octubre de ese año; que el formar parte de la lista de elegibles no confiere el derecho a ser elegido, conforme se colige del artículo 29 del Decreto 52 de 1987; que la obligación de elegir en estricto orden de resultado establecida en la última norma mencionada fue declarada inexequible por sentencia del 25 de junio de 1987; que discurrir como lo hace el actor, implicaría que la Corte Suprema de Justicia no tendría la facultad de "elegir" como lo establecía la anterior Constitución Política, sino que estaría obligada a designar a los Magistrados que ocuparan los primeros puestos dentro de la lista de elegibles; que el actor no probó haber obtenido el número de votos suficiente para ser elegido en el cargo que venía desempeñando y que la persona elegida en su lugar también integraba dicha lista.

En el recurso (folios 107 y 108), se alega que en cuanto al derecho de estabilidad del actor, es incuestionable que dimana del artículo 7 del Decreto 52 de 1987, que establece que todos los cargos de la Rama Judicial son de carrera y deberán ser

provistos por el sistema de méritos, por lo cual no es acertado el fallo cuando dice que el demandante no se hallaba inscrito en la carrera judicial; que el artículo 29 del Decreto 52 de 1987 es de transcendental importancia porque de él se deduce en sana lógica jurídica, que de acuerdo a la calificación se procederá al nombramiento del ganador respetando, precisamente, el mayor puntaje; que el demandante pertenecía *"ex-lege"* a la carrera judicial y que si su estabilidad también estaba dada *"ex-lege"*, ha debido respetarse su permanencia en el cargo nombrándosele para el siguiente período, por ser el mejor calificado y por no haber arribado a la edad de retiro forzoso; que el artículo 156 de la Constitución Política anterior que menciona la sentencia apelada, no se debe analizar aisladamente sino que es preciso concordarlo con el artículo 2o. del Decreto 250 de 1970 que consagra dos aspectos fundamentales, como son la rigurosa selección de los concursantes y la garantía de permanencia o estabilidad en el cargo; que el artículo 6 del Decreto 250 de 1970 establece el derecho del designado en propiedad a no ser suspendido ni destituído, lo cual afianza el principio de la "estabilidad" y si bien se refiere a las locuciones "suspensión" y "destitución", de todas maneras debe entenderse referido al derecho de no ser desvinculado del servicio; y, que el artículo 7 siguiente, reitera la garantía de la estabilidad en el cargo ejercido en propiedad, en el sentido de entenderla hasta el retiro forzoso para quienes pertenezcan a la carrera.

El Ministerio Público, en su concepto de fondo expresa que la sentencia apelada amerita ser confirmada (Folios 126 a 129).

Para resolver se considera:

1. El último período para el cual fue nombrado el demandante como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fue el comprendido entre el 1o. de agosto de 1985 y el 31 de julio de 1989 (fl. 46 cuaderno 2 y artículo 26 del Decreto 1660 de 1978).

2. Al respecto observa la Sala que no existe prueba en el expediente que acredite que tal designación se hizo previa selección mediante concurso, **para ingreso a la carrera,** lo cual determina, obviamente, que el actor no ingresó a ella (artículos 49 y 56 del Decreto 250 de 1970).

3. De otro lado, también advierte la Sala que si el actor desempeñó el cargo hasta el 15 de octubre de 1989 (folio 9) ello significa que el derecho a la estabilidad que le confería la Ley, durante el respectivo período, le fue respetado (regla última del artículo 7o. del Decreto 250 de 1970).

4. En el momento en que fue elegida otra persona en el cargo que estaba desempeñando el actor el 11 de septiembre de 1989, este era un funcionario de hecho, pues el nombramiento que había recibido para desempeñarse allí hasta el 31 de julio de ese año, ya se había agotado y cumplido a cabalidad; por ende, no puede alegarse, con éxito, que no podía ser retirado del servicio.

5. A términos del artículo 162 de la Constitución Política vigente cuando se expidió el acto acusado, los sistemas de concurso tenían como finalidad la selección de

candidatos y tratándose de magistrados de los tribunales superiores debían ser elegidos por la Corte Suprema de Justicia (artículo 156 *ibídem*), de lo cual se infiere que dentro de ese sistema electoral, ningún candidato puede tener derecho a que los electores voten por él y lo elijan, pues ello implicaría no la potestad de elegir sino la obligación de hacerlo, contrariándose los mandatos de la Carta.

6. Si lo anterior no fuera así, se tendría que el resultado de los concursos no sería el de obtener una lista de elegibles, de candidatos, sino de Magistrados respecto de los cuales sobraría el proceso electoral, contrariándose igualmente aquella.

7. En suma, el demandante no logró demostrar que la expedición del acto acusado le hubiera vulnerado derecho alguno, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo dicho la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de enero de 1993 en el proceso promovido por el doctor RAUL TRUJILLO CORTES.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL.

El anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 3 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CESE ILEGAL DE ACTIVIDADES-Declaratoria/DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa, que es el único alegado, en estos casos se ejerce por los trabajadores impugnando ante la jurisdicción Contencioso Administrativa la declaratoria de ilegalidad del cese y ante la justicia ordinaria cuando presenten en forma individual su situación en caso de despido. Pero no puede afirmarse escuetamente como se hace en el libelo, sin expresar por qué razón, que al dictar la resolución el Ministerio del Trabajo desconoció el derecho de defensa puesto que la entidad pública se limitó a ejercer sus atribuciones, ante una petición que le fue formulada previamente y luego de constatar los hechos que dieron lugar a la decisión. No se observa entonces, ni la demanda lo dice, en qué forma pudieron infringirse los artículos 18 y 26 de la Constitución de 1886, y menos los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo de Trabajo, normas estas últimas que consagran precisamente las causales de ilegalidad de una suspensión colectiva de trabajo y la competencia del Ministerio para declararla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3557. Resoluciones Ministeriales. Actor: Sindicato de Trabajadores de la Compañía Telefónica del Huila S.A. "SINTRATELEHUILA".

El Sindicato de Trabajadores de la Compañía Telefónica del Huila S.A. "SINTRATELEHUILA", mediante apoderado y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita ante el Consejo de Estado declarar la nulidad de la resolución No. 00762 del 10 de marzo de 1988 expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se declararon ilegales los ceses de actividades realizados por los trabajadores de la citada compañía los días 3, 10, 11, 12, 15, 22 y 23 de febrero de dicho año.

HECHOS:

Se afirma que el Gobierno Nacional representado por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social expidió la mencionada resolución, la que al ser sancionada modificó el principio universal de derecho de que nadie puede ser condenado sin haber sido escuchado y vencido en juicio; que se negó el libre derecho de defensa; que al dictarse el referido acto administrativo, el Ejecutivo desconoció de manera irregular el derecho que tiene toda persona colombiana de oponerse a cualquier hecho que se le impute y a demostrar su inocencia, es decir, que nadie es culpable mientras no se le demuestre.

DISPOSICIONES VIOLADAS:

Se estiman como infringidos por el acto enjuiciado los artículos 18 y 26 de la Carta de 1886; Decreto 149 de 1978, convenio OIT 87; Leyes 26 y 27 de 1976; artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo; Decreto 2164 de 1959; resoluciones ministeriales 1064 del mismo año y 0342 de 1977 (folio 30).

CONCEPTO DE VIOLACION

Se sostiene que para declarar ilegal un cese de actividades por autoridad competente se necesita el cumplimiento de ciertos trámites consagrados en las disposiciones pertinentes, pues el acto administrativo correspondiente afecta a terceras personas, que como en este caso no estuvieron comprometidas en ninguna actividad ilegal, por lo que verían vulnerados sus derechos en el momento en el que se les despide de su empleo, invocándose para el efecto como causal justa la resolución que declaró ilegal el cese de actividades, como ocurrió en la Empresa Telefónica del Huila S.A. donde el señor Gerente General desvinculó a 17 empleados; que con este proceder no se garantizó el derecho de defensa; que de esta forma no se garantiza el derecho individual de la persona al no darle participación para defender su libre ejercicio; que en conclusión, en un Estado de Derecho debe garantizarse el derecho individual de las personas que lo conforman (folio 30).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de la Compañía Telefónica del Huila S.A. se opone a las pretensiones del escrito demandatorio, ya que para declarar ilegal el cese de actividades a que alude el acto enjuiciado, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social analizó la documentación

que se le allegó como sustento de la petición de declaratoria de ilegalidad, conformada por las actas levantadas por la Inspección de Trabajo respectiva, firmadas inclusive por personal de la organización sindical, lo cual constituye plena prueba de los ceses; que la empresa, que presta un servicio público, demostró ante el referido organismo que se habían realizado los ceses de actividades y que como según el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo la suspensión colectiva de trabajo es ilegal cuando se trata de un servicio público, la determinación adoptada por el Ministerio se ajusta a derecho; que en el desarrollo del concepto de la violación no se cita en concreto el artículo que la parte actora estima como violado por el Ministerio, que ese organismo para declarar la ilegalidad de los ceses de actividades no tenía que agotar procedimiento alguno, ya que el establecido en el Decreto 1469 de 1978 no rige para el caso de servicios públicos; que la Constitución Nacional tampoco ha sido infringida en este asunto, porque el derecho de huelga no está garantizado en los servicios públicos (folios 111 a 114).

EL CONCEPTO FISCAL:

La doctora Fiscal Novena del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que debe proferirse fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda (folios 119 a 123), toda vez que el acto mediante el cual se declara un cese de actividades por trabajadores de cualquier empresa, es de carácter subjetivo, ya que produce efectos jurídicos únicamente en relación con los empleados que hayan sido partícipes del cese, es decir, que no se trata de actos de carácter general dirigidos a un número de personas indeterminables; que lo anterior quiere decir que con la anulación de un acto de tal naturaleza "dejan de producirse *ipso jure* los efectos jurídicos dañinos contra los trabajadores de la empresa afectada"; que por tanto hay restablecimiento del derecho de manera automática; que la acción de simple nulidad en este caso es improcedente contra la resolución acusada, porque el fin de la pretensión es el de restablecer los derechos de los trabajadores de la Compañía Telefónica del Huila S.A.

Cumplido el trámite de Ley, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de la resolución No. 00762 de 10 de marzo de 1988 dictada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se declararon ilegales los ceses de actividades llevados a cabo por los trabajadores de la Compañía Telefónica del Huila S.A. los días 3, 10, 11, 12, 15, 22 y 23 de febrero del mencionado año.

Como consta en autos, que el Gerente de la citada empresa solicitó el 23 de febrero de 1988 al referido funcionario declarar la ilegalidad de la suspensión colectiva de actividades (folios 50 y 51).

Los ceses de actividades fueron debidamente constatados por autoridades del trabajo, como aparece en las correspondientes actas que se levantaron para ese efecto,

según las cuales no se estaba trabajando en las instalaciones de la Sección de Redes de la Empresa.

Representantes de la organización sindical, respecto del fenómeno laboral presentado en la compañía sostuvieron, según constancias que aparecen en las actas, que de lo que se trataba era de realizar reuniones informativas para los trabajadores, atinentes a la negociación colectiva que se venía adelantando en la empresa.

Las circunstancias anteriores llevaron al Ministerio a considerar que los trabajadores de la empresa desconocieron las normas laborales pertinentes que regulan la materia, pues la Compañía Telefónica del Huila S.A. presta un servicio público; que la Carta de 1886 garantiza el derecho de huelga, salvo en esta clase de servicios; y que esta prohibición era suficiente soporte jurídico para decretar la ilegalidad del cese de actividades.

Como se infiere del escrito demandatorio, el ataque fundamental contra la resolución enjuiciada consiste en el hecho de que en este asunto, con el proceder del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no se garantizó el ejercicio del derecho de defensa, pues nadie puede ser condenado sin haber sido escuchado y vencido en juicio; que para declarar ilegal un cese de actividades se requiere del cumplimiento de determinados trámites - no se dice cuáles -, porque el acto correspondiente afecta a terceras personas que como en el caso *sub-exámine* no estuvieron comprometidas en ninguna actividad ilegal, vulnerándose de esta manera sus derechos en el momento en que se les despide de su cargo, como sucedió en la entidad demandada donde se desvinculó a 17 trabajadores.

Observa la Sala que como disposiciones violadas sólo se citan correctamente los artículos 18 y 26 de la Constitución de 1886 y los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo. El demandante se limita a mencionar otros estatutos legales sin señalar cuáles de sus normas y por qué fueron infringidas por el acto que acusa.

Analizará la Sala en primer término la petición de fallo inhibitorio formulada por la señora Fiscal.

Ciertamente el acto acusado afecta directamente a la Compañía Telefónica del Huila y a sus trabajadores, dado que la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades conlleva autorización de despidos de quienes persisten en el cese.

Por tal razón, su posible nulidad implica restablecimiento automático de derechos.

Siendo ello así, la acción adecuada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo afirma la señora Fiscal; pero en este caso la consecuencia de haberla denominado de simple nulidad, no acarrea las consecuencias que la Agencia del Ministerio Público solicita.

En efecto, el Juez está autorizado para interpretar la demanda y si ésta ha sido presentada oportunamente como ocurre en este proceso, debe ser fallada en el fondo y a ello procede la Sala.

Como facilmente puede advertirse del estudio del libelo, éste no contiene argumento alguno de solidez suficiente para desvirtuar la legalidad del acto acusado.

En efecto, para destruir dicha presunción de legalidad, correspondía a la parte actora demostrar dentro del plenario que las argumentaciones que hizo el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para declarar ilegales los ceses de actividades que se produjeron en la Compañía Telefónica del Huila S.A. carecían de fundamentos fácticos y jurídicos para haber adoptado esa determinación.

No desconoció la parte demandante que el Ministerio hubiera realizado visitas previas a las empresas para constatar los hechos, ni que se hubieran producido los ceses de actividades los días 3, 10, 11, 12, 15, 22 y 23 de febrero de 1988; ni argumentó que las actividades de la empresa no fueran de servicio público.

El derecho de defensa, que es el único alegado, en estos casos se ejerce por los trabajadores impugnando ante la jurisdicción Contencioso Administrativa la declaratoria de ilegalidad del cese y ante la justicia ordinaria cuando presenten en forma individual su situación en caso de despido. Pero no puede afirmarse escuetamente como se hace en el libelo, sin expresar por qué razón; que al dictar la resolución el Ministerio del Trabajo desconoció el derecho de defensa puesto que la entidad pública se limitó a ejercer sus atribuciones, ante una petición que le fue formulada previamente y luego de constatar los hechos que dieron lugar a la decisión.

No se observa entonces, ni la demanda lo dice, en qué forma pudieron infringirse los artículos 18 y 26 de la Constitución de 1886, y menos los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, normas estas últimas que consagran precisamente las causales de ilegalidad de una suspensión colectiva de trabajo y la competencia del Ministerio para declararla.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda, en el proceso instaurado por el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Telefónica del Huila S.A. "SINTRATELEHUILA", en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 00762 de 10 de marzo de 1988 dictada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 3 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Jaime Ahumanda Díaz (Conjuez).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

UNIVERSIDAD NACIONAL/PERSONAL DOCENTE DE DEDICACION EXCLUSIVA/LIBERTAD DE ENSEÑANZA/LIBERTAD DE TRABAJAR

Si el artículo acusado está reglamentado la vinculación de los docentes denominada como "dedicación exclusiva", es casi que obvio que no les esté permitido desempeñar otra actividad entendiéndose que en esa condición, sólo puede trabajar la Universidad Nacional, lo cual implica seguramente compensaciones que no tienen los demás docentes. Y como los cargos son de libre aceptación, el profesor está en condiciones de preferir otro tipo de vinculación que le permita otras actividades si eso es lo que más le conviene. Es decir, que ni se coarta la libertad de enseñar ni la de trabajar, conoce de antemano sus obligaciones y sus derechos y es libre de preferir otra clase de vinculación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4853. Autoridades Nacionales. Actor: Carlos Hugo Gallego Cardona.

Carlos Hugo Gallego Cardona, actuando en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad del inciso final del artículo 10 del Acuerdo No. 45 del 18 de junio de 1986, dictado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

HECHOS

En los hechos de la demanda se relata que mediante el citado acuerdo se adoptó el Estatuto de Personal docente de la Universidad Nacional de Colombia; que la expedición de la norma acusada se prestó a discusión por parte del profesorado y de juristas vinculados a ese centro educativo, porque se pidió al Consejo Superior la correspondiente aclaración sobre su alcance e interpretación; que solicitado el respectivo concepto a la Oficina Jurídica de la Universidad, una vez emitido, se acogió por el Consejo Superior Universitario; que de forma inmediata se produjo un debate sobre la inexequibilidad de la disposición impugnada; que esta es una norma selectiva, discriminatoria e inconstitucional que pone en peligro la estabilidad laboral de muchos profesores del centro universitario, que son eminentes académicos.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas el libelo cita los artículos 16, 17 y 41 de la Constitución Política anterior; 7, 23, 27 y 2o. numeral 1o. de la declaración universal de los derechos humanos proclamada por la Organización de las Naciones Unidad (folios 52 y 53).

En extenso concepto de violación el demandante afirma que la norma acusada limita la libertad de enseñanza de numerosos docentes que actualmente laboran en la Universidad durante la jornada diurna, cumpliendo con una intensidad horaria de 44 horas semanales; y que en su tiempo libre (horario nocturno) podrían ejercer la docencia en otras instituciones docentes o centros académicos de carácter privado; que el ejercicio de la profesión docente debe ser libre y en el caso de los profesores de la citada Universidad, clasificados ambigüamente como de dedicación exclusiva, debe respetarse únicamente el horario que cumple el docente de 44 horas semanales; que el precepto enjuiciado coarta la libertad de trabajo de docentes que laboran durante la jornada diurna dedicada al trabajo académico e investigativo y que en su tiempo libre, extralaboral, específicamente en la jornada nocturna, pueden trabajar como docentes e investigadores en cualquier institución educativa, fundamentalmente de carácter privado; que el Consejo Superior no cumplió el deber de proteger el trabajo y por ende no está garantizando el cumplimiento de los deberes del Estado; que la autonomía de la Universidad a que alude el Decreto No.82 de 1980 hay que entenderla como su independencia para gobernarse internamente, determinar políticas, crear o suprimir planes de estudio sin intervención del ICFES, designar sus propios funcionarios y señalar su reglamento interno; que el carácter especial de los docentes como empleados públicos no puede entenderse dentro de una superlegislación que se encuentre por encima del Estado; que en el concepto emitido por la Oficina Jurídica, acogido por el Consejo Superior Universitario, se establece una clara discriminación al reglamentar la mal llamada dedicación exclusiva; que de tal manera se castiga la tarea del licenciado en educación, del pedagogo de profesión, del filósofo, del humanista, cuya única opción para mejorar sus ingresos es dictar clases en otras instituciones durante la jornada nocturna; que sólo existe la llamada "exclusividad" para determinado sector

del profesorado, específicamente para los maestros universitarios que tienen la noble profesión de enseñar y se privilegia claramente a los que aumentan sus ingresos con actividades más lucrativas que la propia docencia; que la disposición acusada viola normas de la legislación universal de los derechos humanos, conjunto de preceptos de carácter internacional promulgados y aceptados en el seno de las Naciones Unidas, organización de la cual hace parte nuestro país; que un régimen de incompatibilidades no puede ser arbitrario, ni obedecer a planteamientos de tipo "no discrecional o selectivo"; que el desempeño de la docencia en horarios nocturnos por los profesores no afecta para nada el desarrollo de sus actividades regulares en la Universidad y por el contrario contribuye a la adquisición de nuevos conocimientos y experiencias; que el trabajo y la eficiencia del docente deben evaluarse por los resultados de sus logros a nivel de docencia e investigación y no por las actividades que desempeñe en su tiempo libre; que es necesario destacar que ya existe doctrina y jurisprudencia acerca del asunto objeto de controversias jurídicas.

Mediante auto del 23 de julio de 1990 se negó la suspensión provisional impetrada.

El apoderado de la Universidad Nacional de Colombia (folio 139) se opone a las pretensiones del libelo en la contestación de la demanda (folio 117 a 125) y manifiesta que las deficiencias de forma de que adolece el escrito demandatorio impiden un pronunciamiento de fondo pues no se cumple con el presupuesto procesal de identificar de manera completa y plena la parte demandada, que lo es la Universidad Nacional de Colombia; no se indicaron en el libelo todas las personas que aparecen necesariamente afectadas con el resultado del proceso, pues debió haberse solicitado la comparecencia en juicio del Ministerio de Educación Nacional, organismo al que se encuentra vinculado ese establecimiento público y respecto del cual se recibe control de tutela; que es viable proponer en el caso *sub-exámine* la excepción de falta de jurisdicción, ya que más que la acción de nulidad, la que debió instaurarse fue la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia en relación con los Decretos Leyes 80 y 82 de 1980.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Novena del Consejo de Estado en su concepto (folio 142 a 145), opina que se deben negar las pretensiones de la demanda, porque el actor no invoca normas que estén vigentes en el régimen jurídico interno del país; que la declaración universal de los derechos humanos no ha sido ratificada por el Estado colombiano; que el Decreto Ley 82 de 1980 en su artículo 29 clasifica a los docentes según su dedicación como de cátedra de medio tiempo, de tiempo completo o de dedicación exclusiva; que el Acuerdo No. 45 de 1986 consagra esta misma clasificación en su artículo 5o.; que la Corte Suprema de Justicia en fallo de mayo 6 de 1982, juzgó la constitucionalidad del artículo 95 del Decreto Ley 80 de 1980, declarándolo exequible; que la frase demandada del acto acusado, excede el límite establecido en el artículo 95 citado, ya que este precepto autoriza la utilización hasta de un 50% de tiempo adicional; que lo anterior es más notorio si se tiene en cuenta que es al legislador al que le compete determinar el régimen de

incompatibilidades; que sin embargo, en virtud del principio de justicia rogada en la acción de nulidad no procede una confrontación general de legalidad del acto enjuiciado, sino que su estudio se limita a las normas que se invocan como infringidas; que la jurisprudencia contenida en el fallo allegado al proceso por el demandante, no puede tenerse en cuenta por haber sido proferida con antelación a la vigencia de los Decretos 080 y 082 de 1980.

Surtido el trámite de rigor y no observándose causal alguna de nulidad, se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El artículo 10 del Acuerdo No. 45 del 18 de junio de 1986, contentivo del estatuto de personal docente de la Universidad Nacional de Colombia, establece lo siguiente:

> "En la dedicación EXCLUSIVA el docente se compromete a desarrollar las tareas que le asigne y autorice la Universidad durante cuarenta y cuatro (44) horas por semana. La dedicación exclusiva es incompatible con el ejercicio de actividades en horarios que interfieran con la jornada asignada por la Universidad.
>
> **En esta dedicación el docente no podrá enseñar ni investigar en otras instituciones públicas o privadas".**

El último inciso del citado artículo, que se subraya, es el acusado.

Ahora bien, en cuanto a los planteamientos formulados por el apoderado de la Universidad en la contestación de la demanda que, según él, impiden un pronunciamiento de fondo en este asunto, la Sala observa que en el escrito demandatorio se señala como parte a la Universidad Nacional de Colombia, representada por su Rector, establecimiento público del orden nacional, dotado por consiguiente de personería jurídica, capaz de comparecer en juicio, razón por la cual no era procedente indicar como parte demandada a la Nación (Ministerio de Educación Nacional), entidad a la cual se encuentra adscrita esa institución universitaria.

En lo atinente a la excepción propuesta de falta de jurisdicción, la Corporación precisa que como lo que se acusa dentro del presente proceso es un acto administrativo de carácter general, sí es competente la jurisdicción contencioso adminsitrativa para pronunciarse sobre su legalidad.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala encuentra lo siguiente:

La violación de los artículos 16, 17 y 41 de la Carta de 1886, que consagran la obligación a cargo de las autoridades de proteger la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia, la protección al trabajo y la libertad de enseñanza, no se puede establecer sino en la medida en que el acto administrativo acusado infrinja las normas

legales que en Colombia desarrollan estos preceptos. Y fácilmente puede apreciarse que la parte actora no invocó ninguna norma de nuestro derecho positivo que considerara como violada por el acto enjuiciado y que permitiera a la Sala efectuar la confrontación jurídica pertinente para dilucidar si éste se ajusta o no al ordenamiento legal.

La declaración universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de París, el diez (10) de diciembre de 1948, contiene iguales principios generales, reglas de conducta, que deben reflejarse en nuestra legislación nacional y se han reflejado; y mientras esa legislación, atinente al caso concreto ni siquiera se cite, la confrontación del acto acusado con ella no es viable por ser esta jurisdicción rogada.

Además, si el artículo acusado está reglamentando la vinculación de los docentes denominada como "dedicación exclusiva", es casi que obvio que no les esté permitido desempeñar otra actividad entendiéndose que en esa condición, sólo puede trabajar para la Universidad Nacional, lo cual implica seguramente compensaciones que no tienen los demás docentes. Y como los cargos son de libre aceptación, el profesor está en condiciones de preferir otro tipo de vinculación que le permitirá otras actividades si eso es lo que más le conviene. Es decir, que ni se coarta la libertad de enseñar ni la de trabajar pues quien entra al servicio de la Universidad en dedicación exclusiva, conoce de antemano sus obligaciones y sus derechos y es libre de preferir otra clase de vinculación.

De otra parte, el fallo al que hace mención la parte demandante (folio 61), proferido por el Consejo de Estado el 19 de noviembre de 1979, expediente No. 2098, Consejero Ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada, relacionado con el sistema de liquidación de la pensión de jubilación de un docente de tiempo completo en el Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia y que además era profesor en jornada nocturna en el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez, fue dictado en época anterior a la de la expedición de los Decreto 080 y 082 de 1980, éste último contentivo del régimen orgánico de la Univesidad Nacional de Colombia, y analiza un conflicto diferente cual es el reconocimiento de una pensión por tiempo laborado, es decir, una situación particular y concreta, que no es la planteada en este proceso.

No encontrándose, pues, en este asunto, violación de las normas invocadas como infringidas en el libelo, deberán denegarse en el caso *sub-exámine* las súplicas de la demanda, como lo solicita la Agencia del Ministerio Público.

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

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

FALLA:

Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado de la Universidad Nacional de Colombia.

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 3 marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/EXPERIENCIA NO UTILIZADA/ASCENSO EN EL ESCALAFON/TIEMPO DOBLE-Requisitos/**ESCUELA NUEVA**

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la experiencia no utilizada de que trata el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, es aquella que era apta para ascender dentro del escalafón anterior al consagrado en el citado estatuto o para la asimilación a este nuevo escalafón, pues de lo contrario no se hablaría de experiencia no utilizada, ya que dicha expresión presupone su idoneidad para obtener el ascenso en el escalafón existente. El Decreto 177 de 1982, artículo 1o., definió qué debe entenderse por escuelas unitarias, escuelas nuevas y áreas rurales de difícil acceso, señalando que estas últimas están constituídas por las veredas y regiones colombianas a las cuales deba trasladarse el docente en razón de su cargo, en rudimentarios medios de transporte o a pie, en zonas escarpadas, cenagosas, selváticas o declaradas de orden público, y en el artículo 4o. *ibídem* estableció que solamente puede tomarse como doble, el tiempo servido en aquellos establecimientos que resulten clasificados en las listas que elaboren las Juntas Seccionales de Escalafón de acuerdo con los criterios contenidos en ese decreto, como escuelas unitarias, escuelas nuevas y áreas rurales de difícil acceso. Acorde con lo anterior, para que proceda a reconocer a un docente como doble el tiempo de servicios, no basta que se acredite que laboró en zonas rurales, sino que debe demostrar que la la Junta Seccional de Escalafón respectiva, clasificó el establecimiento como escuela nueva o escuela unitaria o señaló que se hallaba ubicada en áreas de difícil acceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5054. Resoluciones Ministeriales. Actor: Cecilia Imelda Moreno González.

La docente Cecilia Imelda Moreno González, por intermdio de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó a esta Corporación declarar la nulidad de la resolución 03410 de 29 de septiembre de 1989 de la Junta de Escalafón Nacional - Seccional Boyacá-, por medio de la cual se la ascendió al Grado 10 del Escalafón Nacional Docente y/o de las resoluciones emanadas o que expida dicha Junta, relacionadas con los ascensos a que tenga derecho. Así mismo, impetra igual declaratoria respecto de la resolución No. 00142 del 7 de febrero de 1990 por la cual la citada Junta negó el recurso de reposición que interpuso contra la resolución inicialmente mencionada. Como consecuencia de tales nulidades pide se ordene su reclasificación en el grado 12 del Escalafón Nacional Docente, con efectos fiscales a partir del 28 de agosto de 1989, el reconocimiento de tiempo de servicio rural prestado antes del 14 de septiembre de 1979 al Departamento de Boyacá (1 año y 3 meses) y el tiempo rural doble a partir de la misma fecha y hasta el 21 de enero de 1990 (11 años, 04 meses y 25 días), lapso que no ha sido considerado doble de acuerdo con lo normado en el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979 y que se tenga en cuenta para posteriores ascensos el tiempo sobrante al Grado 10, al cual debía estar ascendida desde el 7 de febrero de 1990.

HECHOS:

Expresa la demandante que desde el 16 de mayo de 1978 presta sus servicios a la Secretaría de Educación de Boyacá, habiendo sido clasificada en el antiguo escalafón en la Categoría Primera del Nivel de Primaria y al Grado 3 del actual Escalafón Docente, por medio de la resolución No. 0027 de 1981 y que luego de obtener el título de Licenciada en Educación Primaria fue escalafonada en el Grado 8, para finalmente ser ubicada en el 10 mediante la resolución 3410 de 29 de septiembre de 1989 contra la cual interpuso el recurso de reposición, resuelto mediante resolución No.0142 de 7 de febrero de 1990 en forma negativa a sus pretensiones de ser ascendida al grado 12.

Como disposiciones transgredidas cita los artículos 2, 16, 17, 30, 45 y 215 de la Constitución Política de 1886, 1, 3, 9, 10, 36 literal c), 37 y 73 del Decreto 2277 de 1979, 3o. del Decreto 2620 de 1979, 17 de la resolución No. 20508 de 1979 del Ministerio de Educación Nacional, 26 del Decreto 259 de 1981, 74 del Decreto 2480 de 1986, 1o., 2o., 9o., y 17 del Decreto 01 de 1984 y Decreto 1581 de 1987.

Al desarrollar el concepto de la violación arguye la accionante que la administración debe computar como doble para efectos de ascenso en el escalafón, el tiempo que ha laborado en escuelas rurales, así en la resolución No.06759 del 26 de abril de 1983

de la Junta Seccional de Boyacá, aprobada por la No. 30 del 30 de abril de 1986 de la Junta Nacional del Escalafón Docente, que determinó las escuelas unitarias y las nuevas del Departamento de Boyacá, se hubiera omitido definir cuáles eran las escuelas rurales ubicadas en áreas de difícil acceso, como lo prevé el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979; que no era necesario que expresamente solicitara que se le tuviera en cuenta el tiempo laborado en escuelas rurales, pues bastaba el certificado de tiempo de servicios que evidenciaba su labor en dichas escuelas, para que la Junta Seccional obrara de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo; de suerte, afirma, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico, el tiempo de servicios prestados desde su nombramiento, el 19 de julio de 1978, hasta la fecha de presentación de la demanda -11 años, 4 meses y 25 días- prestado en área urbana y algunos años en área rural (tiempo doble), le debe ser tenido en cuenta para posteriores ascensos, pues ha acreditado los demás requisitos previstos en el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, por lo cual se debe ordenar su inscripción en el Grado 12.

Igualmente, la actora señala que el artículo 26 del Decreto 259 de 1981, desbordó la potestad reglamentaria por cuanto el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979 que reglamenta, se refiere a la experiencia docente no utilizada ni en el antiguo escalafón ni en el proceso de asimilación al nuevo, para predicar que dicha experiencia o tiempo de servicio puede utilizarse en posteriores ascensos y en cambio el artículo 26 condiciona esa utilización a que el educador no haya podido obtener o presentar certificación, condición que no fue contemplada en la norma reglamentada.

La infracción de las disposiciones legales a que se ha hecho mención, concluye la libelista, condujo al desconocimiento de lo preceptuado en los artículos 16 y 30 de la Constitución, puesto que con la actuación administrativa se le desprotegió un bien y se desconoció el derecho que había adquirido, conforme a los artículos 37 y 73 del Decreto 2277 de 1979.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Judicial Cuarto ante el Consejo de Estado, opina que no le asiste razón a la demandante con relación a que el tiempo de servicio rural es doble por sí sólo, puesto que conforme a lo estatuído en el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979 y en el Decreto 177 de 1982, se reconoce solamente en las escuelas que haya determinado la Junta Seccional y cuyo acto haya sido refrendado por la Junta Nacional de Escalafón y agrega que la demandante desde la fecha en que entró en vigencia el Decreto 2277 de 1979 laboró 7 años, 3 meses y 9 días en escuelas rurales que serían reconocibles como tiempo doble, pero que a pesar de ello no es posible determinar el tiempo que se puede computar como tal, por cuanto en las pruebas obrantes en autos no se especifica de qué fecha a qué fecha y en qué escuela laboró, por lo que sugiere la consecución de oficio de la prueba pertinente, la cual previa ordenación, fue aportada al proceso el 6 de junio de 1991.

Surtido el trámite de Ley, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Dos son los pilares en que se fundamenta el cuestionamiento de las resoluciones acusadas, a saber: no reconocimiento para efecto de ascenso en el Escalafón Nacional Docente previsto en el Decreto 2277 de 1979, de la experiencia docente no utilizada ni en el anterior escalafón ni para asimilación en el nuevo y el no reconocimiento como doble, del tiempo que la demandante laboró en escuelas rurales del departamento de Boyacá.

En cuanto a la experiencia docente no utilizada, cabe señalar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la experiencia no utilizada de que trata el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, es aquella que era apta para ascender dentro del escalafón anterior al consagrado en el citado estatuto o para la asimilación a este nuevo escalafón, pues de lo contrario no se hablaría de experiencia no utilizada, ya que dicha expresión presupone su idoneidad para obtener el ascenso en el escalafón existente.

De conformidad con lo relatado en el libelo, la actora presta servicios docentes a la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 16 de mayo de 1978 y se hallaba clasificada en primera categoría del escalafón de primaria, anterior al contemplado en el Decreto 2277 de 1979. Fue asimilada al grado 3 del nuevo escalafón, por resolución 0027 de 13 de julio de 1981 (folios 14 a 17), acto en que se señaló como fecha a tenerse en cuenta para el próximo ascenso el 1° de enero de 1980, lo cual significa que para su clasificación en ese grado, se tomaron como válidos los tres años de experiencia anterior, que van hasta el 1o. de enero de 1977, experiencia que no obtuvo en el grado 2, sino en la primera categoría de primaria que era en la que estaba inscrita, y ello, a pesar de que conforme a lo normado en el artículo 10 del Decreto 2277, para arribar al grado 3 se requerían tres años de experiencia en el grado 2, pues como se dijo, la accionante no contaba con ninguna experiencia en este grado.

De suerte que no procede tener en cuenta la experiencia que la demandante dice no utilizó para ascenso en vigencia del anterior o del actual escalafón docente, toda vez que no se dan los presupuestos exigidos por la Ley para ese efecto.

Respecto del segundo argumento, precisa observar que según voces del artículo 37 del Decreto 2277 de 1979, a los educadores con título docente que a partir de la fecha de expedición de ese Decreto desempeñen sus funciones en escuelas unitarias, áreas rurales de difícil acceso y poblaciones apartadas, se les tendrá en cuenta como doble el tiempo de servicios para efectos de ascenso en el escalafón, para lo cual el Gobierno Nacional deberá determinar los criterios para definir dichas áreas y población.

El Decreto 177 de 1982, artículo 1o., definió qué debe entenderse por escuelas unitarias, escuelas nuevas y áreas rurales de difícil acceso, señalando que estas últimas están constituídas por las veredas y regiones colombianas a las cuales deba trasladarse

el docente en razón de su cargo, en rudimentarios medios de transporte o a pie, en zonas escarpadas, cenagosas, selváticas o declaradas de orden público y en el artículo 4o. *ibídem* estableció que **solamente puede tomarse como doble, el tiempo servido en aquellos establecimientos que resulten clasificados en las listas que elaboren las Juntas Seccionales de Escalafón de acuerdo con los criterios contenidos en ese Decreto, como escuelas unitarias, escuelas nuevas y áreas rurales de difícil acceso.**

Acorde con lo anterior, para que proceda reconocer a un docente como doble el tiempo de servicios, no basta que se acredite que laboró en zonas rurales, sino que debe demostrar que la Junta Seccional de Escalafón respectiva, clasificó el establecimiento como escuela nueva o escuela unitaria o señaló que se hallaba ubicada en áreas de difícil acceso.

En el *sub-lite* se advierte que la accionante en la solicitud de ascenso al grado 10 (folio 47), requirió que se tuviera en cuenta el tiempo doble, adjuntando un certificado sobre tiempo laborado en zonas rurales del departamento de Boyacá desde 1985 hasta el 26 de mayo de 1989, pero sin especificar si dichos establecimientos se hallaban clasificados por la Junta Seccional de Escalafón de Boyacá como escuelas unitarias o escuelas nuevas o de ubicación en áreas de difícil acceso.

Mas, atendiendo una solicitud oficiosa, la Secretaría de Educación de Boyacá, remitió una certificación sobre tiempo de servicios de la actora con especificación de las escuelas donde laboró y el tiempo de servicios (folio 132), lo que permitió determinar cuáles de aquellos establecimientos docentes se encontraban catalogados por la resolución No. 06739 de 1983 de la Junta Seccional de Escalafón de Boyacá, aprobada por la No. 30 de 1986 de la Junta Nacional de Escalafón, como escuelas unitarias o como escuelas nuevas. Sin embargo, no se pudo establecer cuáles de los dos establecimientos rurales en que trabajó la accionante, se hallaban ubicados en áreas de difícil acceso, en virtud de que en la resolución mencionada no se efectuó esa clasificación.

Así las cosas, se tiene que según el material probatorio obrante en autos, la demandante únicamente prestó servicios en tres establecimientos catalogados, dos de ellos como escuelas unitarias, las de Catoba en Sotaquirá y Piedra de Sal en El Espino y una como escuela nueva en Morro Arriba en Miraflores. De suerte que solamente el tiempo laborado en estos sitios hasta el 26 de mayo de 1989, fecha en que presentó la solicitud de ascenso, que en total suma ocho (8) meses y veinte (20) días, puede tomarse como doble, es decir que ese lapso, para efecto de escalafón equivale a 16 meses y cuarenta días igual a 1 año, 5 meses y 10 días, que sería el tiempo que procedía adicionar para efecto de su ascenso en el escalafón.

El tiempo restante que la demandante laboró en zona rural no puede tomarse como doble, pues la ausencia del respectivo acto clasificatorio, hace imposible aceptar que los establecimientos a los cuales estuvo vinculada se hallaban ubicados en zonas rurales

de difícil acceso, requisito exigido por el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979, para que válidamente se efectúen las conversiones de tiempo normal a tiempo doble.

Empero, el hecho de que deba adicionarse en 1 año, 5 meses y 10 días el tiempo que debía tenerse en cuenta para ascenso, no significa que sea procedente ubicar a la accionante en el grado 12 como lo impetra, toda vez que para arribar al grado 11 y al 12, no basta la experiencia docente, sino que se requiere demostrar la realización de los respectivos cursos de capacitación, requisito que aquella no probó.

De acuerdo con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda presentada por la señora Cecilia Imelda Moreno González mediante apoderada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Reconócese a la doctora Nubia Esperanza Naranjo, como apoderada sustituta de la demandante en los términos y para los efectos del memorial de sustitución obrante a folio 134.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 3 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS/PRESTACIONES SOCIALES-Inexistencia

Se deduce claramente de los elementos de juicio que obran en el proceso, que el contrato de prestación de servicios se ejecutó, que el demandante no fue nombrado ni posesionado en ningún cargo de la administración departamental, porque parece ser que en la Dirección de Tránsito, en la cual requerían sus servicios, no existía empleo con esas funciones. Siendo ello así, la petición de reconocimiento de prestaciones sociales no podía ser despachada favorablemente porque de un contrato de prestación de servicios no nace tal derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5103. Autoridades Departamentales. Actor: Jesús Hilario Vásquez Vásquez.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Antioquia contra la sentencia de 17 de noviembre de 1989, proferida por el Tibunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES:

El señor Jesús Hilario Vásquez Vásquez solicitó ante el Tribunal declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 000884 de 11 de junio de 1986 y 001003 de 25 de junio del mismo año dictadas por la Jefe de la División de Personal del Departamento de

Antioquia y de la resolución No. 35173 de 7 de mayo de 1987, mediante la cual el señor Gobernador del Departamento decidió confirmar la primera de las resoluciones citadas, "pero con la modificación de que no se accede al reconocimiento y pago de prestaciones sociales por (sic) el señor Jesús Hilario Vásquez Vásquez por cuanto que durante el período al cual se refiere la solicitud, el peticionario estuvo vinculado al Departamento de Antioquia mediante contrato de prestación de servicios".

En el escrito demandatorio el actor manifiesta, en síntesis, que al encontrarse vinculado al Departamento de Antioquia en una actividad que no podía ser desempeñada por persona alguna bajo contrato de prestación de servicios, debe considerarse como empleado público, para todos los efectos legales y prestacionales que dicha calidad le otorga, por lo que en este asunto se infringieron las diversas disposiciones invocadas en el libelo (folios 14 a 20).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento, declaró la nulidad de los actos administrativos impugnados y, como consecuencia de ello, ordenó el correspondiente restablecimiento del derecho (folios 84 y 85), por considerar que el demandante tiene razón cuando afirma que no era un contratista independiente; que analizando el contrato se deduce que con él se ha disfrazado, lo que constituye una simple relación estatutaria o reglamentaria; que es cierto que las partes pactaron las cláusulas de caducidad y garantía, pero que como lo repiten la jurisprudencia y la doctrina, el contrato se debe interpretar por el conjunto de sus cláusulas, no por una o varias de ellas; que en Colombia como en Francia rige un criterio subjetivo; que el Juez está obligado a explorar la intención de las partes; que en este asunto no cabe hablar de falta de jurisdicción de los jueces administrativos, por cuanto no se vislumbra la configuración de un contrato de trabajo, sino la de una relación de empleo o función pública; que no es necesario hacer ningún esfuerzo para comprender que el actor no se dedicaba a la construcción y sostenimiento de trabajos públicos, sino a una delicada función, propia de un empleado de la entidad territorial; que conviene no perder de vista el postulado filosófico, según el cual la naturaleza de los entes no cambia por la denominación que quiera dárseles.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 88 a 91), la apoderada del Departamento de Antioquia manifiesta su inconformidad con la sentencia recurrida, entre otras razones, porque los contratos de prestación de servicios tienen por objeto precisamente el desarrollar actividades relacionadas con la atención de negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta; es decir, que pueden ser similares a las que desempeña el personal vinculado por una relación bien estatutaria o bien contractual con la entidad; que si las funciones que se van a prestar son administrativas en los términos de la Ley, el contrato no es prohibido, sino que requiere autorización expresa del Consejo de Gobierno, tal como se determina en el artículo 179

inciso 2o. de la Ordenanza 96 de 1985, que es una reproducción del artículo 163 del Decreto 222 de 1983, según el cual la autorización es de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces; que la circunstancia de haberse estipulado en el contrato, que los servicios nocturnos o en días dominicales o festivos tendrían una sobre remuneración, ello de por sí, no convierte la relación contractual administrativa, en vinculación estatutaria; que este pago no es más que un reconocimiento a un contratista por una labor realizada en horas y días especiales; que el Decreto1950 de 1973 que se invoca como violado no se aplica en el ámbito departamental; que éste es un típico contrato administrativo de prestación de servicios, en los cuales la retribución se pacta libremente por las partes y en donde nunca se puede inferir que lo que el Departamento de Antioquia trató fue de disfrazar una relación laboral; que también es bueno observar en el caso *sub-exámine* la fecha durante la cual estuvo vigente el contrato de prestación de servicios, esto es, del 6 de mayo de 1982 al 26 de diciembre de 1983, lo que demuestra la temporalidad de las funciones prestadas a través del contrato, situación muy distinta a la que se presentaría frente a un contrato prorrogable por períodos sucesivos, lo cual sí podría demostrar que se estaría disfrazando una relación estatutaria con una contractual.

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Novena del Consejo de Estado en su concepto de fondo (folios 102 a 111), opina que el fallo recurrido debe ser revocado y, en su lugar, lo procedente es denegar las súplicas de la demanda, pues ninguna de las normas invocadas como infringidas en el libelo lo ha sido por cuanto el Decreto 222 de 1983 no estaba vigente cuando se celebró el contrato de prestación de servicios y las demás no son aplicables en el orden departamental; que no se descarta que en este asunto la acción instaurada fue mal escogida, porque los ataques que se formulan a los actos enjuiciados, están orientados a la impugnación del contrato de prestación de servicios celebrado por el actor con el Departamento de Antioquia; que de esta manera ha debido atacarse el contrato mediante el uso de las acciones pertinentes, consagradas en el artículo 87 del C.C.A.; y no provocar la actuación de la administración, mediante los actos que ahora impugna, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-júdice* la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Jefe de la División de Personal y por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, mediante los cuales no se accedió a la petición formulada por el demandante para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales por el período comprendido entre el 7 de mayo de 1982 y el 26 de diciembre de 1983, durante el cual el señor Jesús Hilario Vásquez estuvo vinculado a dicha entidad territorial mediante un contrato de prestación de servicios (folios 10 a 12 y 37 a 39).

Observa la Sala que dicho contrato de prestación de servicios no se controvierte directamente en este proceso ni se pide declarar su inexistencia o nulidad, sino que se pretende su desconocimiento a fin de poder obtener prestaciones sociales.

Las resoluciones se apoyan en la circunstancia de que el actor no tuvo la calidad de empledo público ni de trabajador oficial, pues no hizo parte de la planta de personal de la administración departamental, en virtud de que su vinculación con la entidad territorial fue a través de un contrato de prestación de servicios; que acorde con las normas pertinentes aplicables para cuando se celebró el convenio, no existe duda de que las personas naturales vinculadas a la administración pública por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos y en ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales; que de lo anterior se infiere que la solicitud del señor Jesús Hilario Vásquez Vásquez para que se le paguen prestaciones sociales como Químico Toxicólogo, carece de soporte legal (folios 3 y 7).

El actor en el escrito demandatorio manifiesta que prestaba sus servicios en forma subordinada y no independiente; que así como se le reconoció el recargo por jornada nocturna y por trabajo dominical y festivo, se le debió reconocer lo correspondiente a prestaciones sociales; que no era permitida en este caso la celebración de contrato de prestación de servicios para ejercer funciones similares a las asignadas a uno o más empleos de la planta de personal, tales como las que desempeñaban los Químicos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y los del laboratorio Bromatológico.

Ahora bien: es imposible desconocer el hecho cierto de que la vinculación del actor a la Dirección Departamental de Tránsito se produjo por un contrato de prestación de servicios, a fin de ejercer funciones técnicas como Químico Toxicólogo, para determinación de alcohol etílico, barbitúricos, alcaloides, etc., en orden a diagnosticar mediante el método Newman, la embriaguez de los conductores. Contrato que no ha debido suscribir si consideraba ilegal su celebración, o que ha debido impugnar después haciendo uso de las acciones pertinentes; porque de lo contrario quedaba obligado por todas sus cláusulas.

Se deduce claramente de los elementos de juicio que obran en el proceso, que ese contrato se ejecutó, que el señor Jesús Hilario Vásquez no fue nombrado ni posesionado en ningún cargo de la administración departamental, porque parece ser que en la Dirección de Tránsito, en la cual requerían sus servicios, no existía empleo con esas funciones.

Siendo ello así, la petición de reconocimiento de prestaciones sociales no podría ser despachada favorablemente porque de un contrato de prestación de servicios no nace tal derecho.

Además, como lo sostiene la Agencia del Ministerio Público, los artículos del Decreto 222 de 1983 que se citan, no se violan con los actos acusados, pues estas normas, cuya expedición es posterior a la celebración del contrato mencionado se

refieren es al contrato mismo el cual no se encuentra demandado y nada tienen que ver con prestaciones sociales. Igualmente los artículos del Decreto 150 de 1976 que el demandante dice que eran básicamente iguales a los del Decreto 222, servirían para atacar el contrato mas no para sustentar el derecho a prestaciones sociales.

El artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 nada tiene que ver con el asunto planteado y los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1848 de 1969 y 7o. del Decreto 1950 de 1973 no son aplicables en el orden departamental.

Las normas que sí se refieren a prestaciones sociales y rigen en el orden departamental no resultan tampoco contrariadas por la sencilla razón de haberse vinculado el actor a la administración mediante contrato de prestación de servicios que se cumplió y no ha sido declarado nulo, contrato que no da lugar al pago de prestaciones sociales, razón suficientemente válida, que se adujo en los actos acusados para negar el reconocimiento solicitado.

De otro lado, como puede verse en la demanda, en el capítulo denominado "Resumen de Normas" (fl. 18) se citan otras disposiciones sobre las cuales no se desarrolla ningún concepto de violación, por lo que no es dable confrontar con ellas los actos cuestionados.

Así las cosas, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar no se accederá a las súplicas del libelo, como lo solicita la Agencia del Ministerio Público.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 17 de noviembre de 1989, en el proceso instaurado por el señor Jesús Hilario Vásquez Vásquez.

En su lugar se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 10 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO MUNICIPAL/ALCALDIA-Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA/DESTINOS PUBLICOS**-Provisión/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Facultades/**CONCEJO MUNICIPAL**-Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Extralimitación/**DEROGATORIA DEL ACTO**

En el numeral 19) del artículo 184 de la Ley 4a. de 1913, se consagró como facultad de los alcaldes la de "nombrar los empleados municipales siempre que la designación no esté atribuída a otra autoridad". Por voluntad del legislador, la provisión de los empleos podía efectuarse por las autoridades que las Leyes, las ordenanzas o los acuerdos señalaban; de ahí que el numeral 19) del art. 184 *ibídem*, disposición atributiva de competencia general, haya exceptuado de la potestad nominadora de los alcaldes a aquellos servidores municipales cuya función en este tópico recayera en otra autoridad, puesto que el ordenamiento jurídico preveía que no sólo la Constitución o la ley podían indicar válidamente a quien correspondía el nombramiento de tales servidores, sino también a las asambleas departamentales y los concejos municipales. El Presidente de la República, al expedir el Decreto Reglamentario 418 de 1976, fue más allá de lo que el artículo 184, num. 19) de la Ley 4a. de 1913 señalaba. El legislador había señalado qué organismos o entidades podían efectuar nominaciones de empleados municipales y decía que las asambleas departamentales, mediante ordenanzas, y los concejos, mediante acuerdos, podían fijar parámetros para ello (art. 250) y el decreto reglamentario contrajo esta facultad de fijación de pautas, sólo a lo que la Constitución y la ley fijasen, desbordando los poderes que el art. 120, num. 120, num. 3 de la Carta Política de 1886 establecía. Sin embargo,

cuando fue incoada la demanda que dio origen a este proceso, ya había desaparecido del mundo jurídico tanto lo reglamentado -artículo 184 de la Ley 4a. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal)- como, obviamente, lo reglamentario -Decreto 418 de 1976-, motivo por el cual no puede ser ahora objeto de juzgamiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4756. Decretos del Gobierno. Actor: Julio César Díaz Perdomo.

El ciudadano Julio César Díaz Perdomo en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. presentó demanda ante esta Corporación con el fin de que se declare la nulidad del Decreto 418 de 1976, por el cual se reglamenta el numeral 19 del artículo 184 de la Ley 4a. de 1913, que establece que corresponde a los alcaldes municipales nombrar y remover a todos los empleados municipales, tales como gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales de creación municipal, salvo aquellas designaciones que por constitución o ley estén atribuídos a otra autoridad.

Relata el actor que la ley mencionada en el numeral 19 del artículo 184 consagró como atribución de los alcaldes la de nombrar los empleados municipales, "siempre que la designación no esté atribuída a otra autoridad", disposición que infringe el Decreto acusado por cuanto lo excede y modifica; que el citado texto legal fue derogado tácitamente por los artículos 26, 40 y 44 de la Ley 11 de 1986 conforme a los cuales la facultad nominadora en el sector descentralizado de la administración municipal corresponde a las autoridades que, según lo normado en la ley, se determinen en sus actos de creación o sus estatutos orgánicos, en tanto que en el orden central otorgaron al alcalde tales competencias; de modo que derogada la referida norma de la Ley 4a. de 1913, como se desprende del hecho de no haber sido codificada en el Decreto 1313 de 1986, quedó sin piso jurídico el decreto impugnado, sin embargo, éste "surte hoy efectos jurídicos, en cuanto es norma atendible para la definición de conflictos contencioso administrativos por hechos acaecidos durante su vigencia, aún no definidos".

En la demanda se citan como disposiciones transgredidas por el acto enjuiciado los artículos 2, 55, 76 numeral 1o. y 120 numeral 3o. de la Constitución Política, 184 numeral 19 de la Ley 4a. de 1913, 26, 40 y 44 de la Ley 11 de 1986 y 294 del Decreto 1333 de 1986, indicándose en el respectivo concepto de violación que la infracción de los preceptos constitucionales referenciados se produce porque no era necesario para el desarrollo del numeral 19) del artículo 184 de la 4a. de 1913 expedir el Decreto 418 de

1976; porque el ejecutivo, so pretexto de reglamentar ese mandato legal, invadió competencias o funciones de la rama legislativa puesto que modificó el texto reglamentado, desbordando el poder reglamentario que le atribuye el numeral 3) del artículo 120 de la Carta a través del cual le es dable desarrollar lo que hay expreso en la Ley y lo que en esta está implícito, pero sin rebasar ni la letra, ni la intención, ni el propósito del precepto reglamentado y, el decreto acusado, en cuanto dispuso que correspondía a los alcaldes nombrar y remover todos los empleados municipales como los gerentes, directores o presidentes de los institutos descentralizados, con excepción de los que la constitución y la ley establecen que se nombren y remuevan por otra autoridad, fue más allá de la norma reglamentada, ya que ésta consagró dicha excepción en forma genérica "sin discriminar quien hiciera esa 'atribución' ".

En tales condiciones, asevera el accionante, los concejos municipales o cualquier autoridad que el congreso no señale, carece de facultad para nominar y remover personal, con lo cual se cercenó la competencia de esas corporaciones en la nominación de los funcionarios municipales, vulnerándose la autonomía administrativa municipal prevista en el artículo 197 numerales 1° y 3° de la Carta Política.

Finalmente, el demandante señala que el Decreto 418 de 1976 desconoce los mandatos contenidos en los artículos 26, 40 y 44 de la Ley 11 de 1986 que prevén que los institutos descentralizados del orden municipal se rigen por las disposiciones de la ley, de los concejos y demás autoridades locales, especialmente por los actos de creación y los estatutos orgánicos de tales entes descentralizados.

Además, asevera, el artículo 44 *IBIDEM* establece que el nombramiento de personal de la administración central de los municipios corresponde a los alcaldes, o a sus delegados, previa autorización del concejo, estatuto que también vulnera el acto causado.

La solicitud de suspensión provisional del Decreto 418 de 1976 fue derogada por las razones consignadas a folios 12 a 15.

La Nación, a través del Ministerio de Gobierno, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones del accionante, recalcando que el Decreto impugnado no es violatorio de los preceptos constitucionales y legales invocados en el libelo (fl. 24 a 32), toda vez que no es contrario a sus mandatos y más aún, lo dispuesto en él armoniza con lo normado en el artículo 26 de la Ley 11 de 1986 que establece que las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contenga la ley, en este caso a los números 78 de 1986 y 49 de 1987, las cuales establecen que a los alcaldes corresponde nombrar y remover libremente a los empleados de la administración central del respectivo municipio y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas del orden municipal y a los concejos, según lo previsto en los artículos 92 numeral 6) y 93, numeral 2° del Decreto 1333 de 1986, les compete elegir personero, tesorero y contralor cuando fuere del caso y "los demás funcionarios o empleados que la ley

determine" lo que implica que atañe a esa corporación la designación de los empleados que la Constitución y la Ley determinen, y los demás funcionarios los nombra el alcalde, por ser el jefe de la administración municipal como lo dispone el artículo 128 del Código de Régimen Municipal.

La doctora fiscal quinta de la Corporación en la vista reglamentaria opina que debe denegarse la nulidad del decreto demandado, para lo cual razona así:

> "Analizando estas disposiciones frente al artículo 84-19 de la Ley 4 de 1913, éstas no lo derogaron tácitamente sino lo ampliaron y complementaron. En efecto el artículo 3o. de la Ley 78 de 1986 en concordancia con los artículos 44 de la Ley 11 de 1986 y 5o. de la Ley 49 de 1984, están señalando que el alcalde Municipal nombra y remueve tanto a los empleados de la administración central como descentralizada. Facultad dada solamente por la Ley.
>
> El artículo 201 de la Constitución Nacional antes de ser modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 1986, ordenaba. "En todo Municipio habrá un Alcalde, que ejercerá las funciones de agente del Gobernador, y que será Jefe de la Administación Municipal, conforme a las normas que la Ley señale". El hoy vigente establece "La Ley... dictará las demás disposiciones necesarias para su elección y el normal desempeño de sus cargos". "O sea que deja al arbitrio de la Ley la regulación de todo lo referente al ejercicio del cargo de alcalde Municipal, lo que conlleva lógicamente las atribuciones o funciones dentro de los cuales se encuentra la de nombramiento y remoción de los empleados del Municipio - Es pues claro que conforme a las voces de las normas transcritas, corresponde únicamente al legislador, ordinario o extraordinario, cuando le hubiere otorgado facultades precisas y *pro-témpore* al Presidente de la República para tal efecto, regular todos los aspectos relativos para el desempeño del cargo de alcalde municipal, aspectos que contemplan, se reitera, lo relacionado con las atribuciones o funciones del mismo, dentro de las cuales está la de nombrar y remover los funcionarios municipales.
>
> El término Ley que utiliza la Constitución Nacional debe entenderse en sentido estricto, material y formal, es decir como aquel emanado de la voluntad producida por el Congreso de la República. Unicamente por este órgano, mas no por las asambleas departamentales, ni los concejos municipales, ni por ninguna otra autoridad quienes profieran ordenanzas, acuerdos, etc... Así las cosas resulta evidente que al establecerse en la norma acusada que "... salvo aquellas designaciones que por Constitución o Ley estén atribuídas a otra autoridad. "No se está extralimitando en ningún momento precepto legal o constitucional alguno, pues lo que allí se consagra es la reafirmación de lo ordenado por la Constitución Nacional. No sobra advertir finalmente que no es ni por ordenanza, ni por acuerdo, ni por otras normatividades que se pueden regular las funciones atribuídas a los alcaldes, sino únicamente por la Ley como se dejó dicho." (fls.61-62).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia gira en torno a la jurisdicidad del Decreto Reglamentario No. 418 de 1976, mediante el cual se reglamenta el numeral 19 del artículo 184 de la Ley 4a. de 1913, que

DECRETA:

"Artículo 1°. De conformidad con el numeral 19 del artículo 184 de la Ley 4a. de 1913, corresponde a los Alcaldes Municipales nombrar y remover a todos los empleados municipales, tales como gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales de creación municipal, salvo aquellas designaciones que por constitución o Ley estén atribuídas a otra autoridad.

Artículo 2°. Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición."

La censura del decreto transcrito se hace consistir en que en él se consagra una restricción a la regla general sobre facultad de los alcaldes municipales para nombrar a los empleados del orden municipal consagrada en el numeral 19) del artículo 184 de la Ley 4a. de 1913, puesto que en el precepto legal sólo se sustrae de la potestad nominadora del autoridad en general, mientras que en la forma en que se consagró la excepción en el estatuto impugnado desaparece la posibilidad de que queden por fuera de la potestad nominadora de los alcaldes aquellas designaciones que por voluntad de los concejos detenten otras autoridades, o dicho en otros términos, el decreto demandado hace nugatoria cualquier determinación de las citadas corporaciones en el sentido de que la designación de empleados del municipio corresponda a autoridad distinta del respectivo alcalde.

El anterior planteamiento surge diáfano del texto del libelo, en el cual también se insinúa que la injuricidad del Decreto 418 de 1976, obedece, además, a que en él se atribuyó a los alcaldes municipales la potestad de nombrar a los gerentes, directores o presidentes de establecimientos públicos municipales por lo que se estima que transgrede los artículos 26, 40 y 44 de la Ley 11 de 1986 y el 294 del Decreto 1333 de 1986, que el mismo actor reconoce que es copia del 44 de la citada Ley, estatutos cuya vigencia es posterior en el tiempo al del decreto acusado.

Así las cosas, la Sala debe precisar que efectivamente en el numeral 19) del artículo 184 de la Ley 4a. de 1913, se consagró como facultad de los alcaldes la de "nombrar los empleados municipales siempre que la designación no esté atribuída a otra autoridad."

De igual manera, la citada ley en el capítulo II del título VIII "que regula entre otros aspectos el nombramiento para los destinos públicos", en el artículo 250 dispone:

"Los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso designen las leyes, ordenanzas, acuerdos o reglamentos. En caso de silencio o duda, regirán las reglas siguientes: si el destino fuere del orden nacional, lo proveerá el presidente de la república; si del orden departamental, el gobernador del departamento, y si es del orden municipal, el alcalde del municipio."

De manera, pues que, en virtud de esta norma, por voluntad del legislador, la provisión de los empleos podía efectuarse por las autoridades que las leyes, las ordenanzas o los acuerdos señalaban; de ahí que el numeral 19) del art. 184 *ibídem*, disposición atributiva de competencia general, haya exceptuado de la potestad nominadora de los alcaldes a aquellos servidores municipales cuya función en este tópico recayera en otra autoridad, puesto que el ordenamiento jurídico preveía que no sólo la Constitución o la ley podían indicar válidamente a quien correspondía el nombramiento de tales servidores, sino también las asambleas departamentales y los concejos municipales.

Derívase entonces que el Presidente de la República, al expedir el Decreto Reglamentario 418 de 1976, fue más allá de lo que el art. 184, num. 19) de la Ley 4a. de 1913 señalaba. El legislador había señalado qué organismos o entidades podían efectuar nominaciones de empleados municipales y decía que las asambleas departamentales, mediante ordenanzas, y los concejos, mediante acuerdos, podían fijar parámetros para ello (art.250) y el decreto reglamentario contrajo esta facultad de fijación de pautas, sólo a lo que la Constitución y la Ley fijasen, desbordando los poderes que el art.120, num 3 de la Carta Política de 1886 establecía.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que cuando fue presentada la demanda que **dio origen al caso *sub-lite* -2 de noviembre de 1992(fol.10)-** ya estaba en vigencia el Decreto-Ley No. 1333 de 1986 -abril 25-, que expidió el nuevo Código de Régimen Municipal, publicado en el Diario Oficial No. 37.444, de 14 de mayo de ese año, y al tenor de su art.386, **derogó** las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no codificadas en ese Estatuto. En otras palabras, cuando fue incoada la demanda que dio origen a este proceso, ya había desaparecido del mundo jurídico tanto lo reglamentado -artículo 184 de la Ley 4a. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) - como, obviamente, lo reglamentario -Decreto No.418 de 1976-, motivo por el cual no puede ser ahora objeto de juzgamiento.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DECLARASE INHIBIDO PARA DECLARAR LA NULIDAD DEL DECRETO REGLAMENTARIO 418 DE 1976, EXPEDIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, POR HALLARSE DEROGADO.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.- CUMPLASE.

La anterior ponencia se discutió y aprobó en Sala celebrada el día 3 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

POLICIA NACIONAL/TIEMPOS DOBLES

El reconocimiento del tiempo doble dependía no solamente de que se estableciera el estado de sitio, sino de que el Gobierno determinara las zonas en donde habría de contarse el tiempo doble de servicio, a juicio del Consejo de Ministros, y si las condiciones justificaban la medida. Es decir podía existir el estado de sitio y el agente hallarse prestando el servicio en una zona de turbación del orden público, pero si el Gobierno Nacional, no justificaba la medida, no podía computarse como tiempo doble para la liquidación de las prestaciones sociales de los agentes, el tiempo servido en las zonas de perturbación del orden público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 4708. Autoridades Nacionales. Actor: Rafael Villada.

RAFAEL VILLADA, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Codigo Contencioso Administrativo, solicitó a esta Corporación que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que de conformidad con el artículo 60 del Decreto 01 de 1984, C.C.A. y normas pertinentes, se declare que por parte del Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, **se ha operado el fenómeno jurídico del silencio**

administrativo y en consecuencia se encuentra agotada la vía gubernativa, en razón que hasta la fecha de presentación de esta demanda, no se ha resuelto en el término legal ni se ha notificado ninguna decisión al **recurso de apelación** solicitado y fundamentado mediante memorial fechado el 1o. de marzo de 1989, donde solicité reposición y en subsidio APELACION contra la resolución 1051 del 21 de febrero de 1989, de la Dirección General de la Policía Nacional, mediante la cual dicha institución **negó a mi poderdante el reconocimiento de tiempo doble de servicio,** el comprendido entre el 26 de junio de 1976, o sea, once meses y veintiséis días; y el tiempo comprendido entre el 7 de octubre de 1976, de conformidad con los Decretos 1249 de 1975 y 2131 de 1976 respectivamente".

"SEGUNDA: Que se declare la **nulidad de la resolución 1051 del 21 de febrero de 1989,** de la Dirección General de la Policía Nacional, mediante la cual negó el reconocimiento de tiempo doble de servicio a mi poderdante señor Rafael Villada, el tiempo comprendido entre el 26 de junio de 1975 al 22 de junio de 1976 y el tiempo comprendido del 1o. de octubre de 1976 al 15 de marzo de 1977, de que tratan los Decretos 1249 de 1975 y 2131 de 1976".

"TERCERA: Que se declare la nulidad de la resolución 2570 del 18 de abril de 1989 de la Dirección General de la Policía Nacional, mediante la cual **niega el recurso de reposición** contra la resolución No. 1051 del 21 de febrero de 1989, y en su lugar concede el recurso de apelación ante el Ministerio de Defensa Nacional ... por desconocer los derechos que sobre lo pedido la Ley otorga a mi poderdante".

"CUARTA: Que se declare que el señor RAFAEL VILLADA identificado con la C.C. 3.354.145 de Medellín, tiene derecho al reconocimiento como tiempo doble de servicio, el comprendido entre el 26 de junio de 1975 al 22 de junio de 1976, o sea, once meses y veintiséis días; y el comprendido entre el 7 de octubre de 1976 al 15 de marzo de 1977, o sea, cinco meses y ocho días, de conformidad con los Decretos 1249 de 1975 y 2131 de 1976, por haber prestado sus servicios en esas épocas cuando se encontraba turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, en las filas de la Policía Nacional".

"QUINTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Nación Colombiana a través del Ministerio de Defensa - Policía Nacional - incluirá el tiempo de servicio reconocido como doble en la hoja de servicios policivos del señor RAFAEL VILLADA con C.C. 3.354.145 de Medellín y que se liquide y pague los valores que de acuerdo con la ley puedan corresponder por el reconocimiento como tiempo doble de servicio del período referido.

"SEXTA: Que se disponga que el Ministerio de Defensa - Policía Nacional -, dé cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984, C.C.A.

Los **HECHOS** pertinentes de la demanda pueden resumirse, así:

1o. El accionante ingresó a la Policía en el mes de junio de 1973.

2o. Fue retirado del servicio el 8 de abril de 1987 a solicitud propia.

3o. El último sueldo devengado fue de $ 23.960.oo mensuales.

4o. Cumplió con su deber durante el tiempo que estuvo al servicio de la institución.

5o. El retiro del servicio voluntario obedeció a las **heridas recibidas en dos ocasiones en actos del servicio** y por ello solicita el reconocimiento del tiempo doble.

6o. El tiempo doble se pide de acuerdo con lo previsto en los Decretos 1249 de 1975 y artículo 58 literal f) y 92 del Decreto 3187 de 1968 que ha sido reconocido a otros miembros de la Policía Nacional.

7o. El accionante estuvo en servicio entre junio de 1973 y el 8 de abril de 1987, lapso durante el cual se pide el reconocimiento doble de servicio, pero reducido al período en que estuvo **turbado el orden público.**

8o. Por ser el demandante miembro de las Fuerzas Armadas tiene derecho a que se le reconozca el tiempo como de doble servicio prestado.

9o. Puesto que el Ministerio de Defensa Nacional no resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del inferior, se considera agotada la vía gubernativa. (fls. 78-79).

Se citaron como disposiciones violadas, los artículos 16, 17, 30 y 45 de la Constitución de 1886, artículo 47 de la Ley 2a. de 1945, artículo 47 Decreto 1814 de 1953, Decretos 3518 de 1949, 749 de 1955, 329 de 1958, 001 de 1959, 2733 de 1959 artículo 18, 10 de 1961, 1288 de 1965, 3070 de 1968, 1249 de 1975, 2131 de 1976 y 001 de 1984 artículo 60.

El concepto de violación lo desarrolla a folios 79-80 del cuaderno principal.

La Fiscalía Novena de la Corporación conceptúa que de acuerdo al *petitum* de la demanda el proceso tiene cuantía, por lo que es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y no de esta Corporación, según las reglas de la competencia previstas en los numerales sextos de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, por lo que se daría una causal de nulidad saneable, por no haber sido alegada como excepción previa, de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 5o. del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2283 de 1989). En relación al aspecto de fondo, manifiesta que no advierte causal que desvirtúe la presunción de legalidad de los actos demandados, porque no se citaron las normas pertinentes, **ni se probaron los requisitos** previstos por el artículo 92 del Decreto 3187 de 1968 **para la procedencia del cómputo doble** del tiempo de servicio, a saber:

que el lapso reclamado esté comprendido dentro del período del estado de sitio, que el Consejo de Ministros haya emitido concepto sobre la justificación de la medida y especialmente que mediante decreto el Gobierno expresamente haya reconocido el beneficio.

Agotado el trámite de rigor se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1) Respecto de la nulidad procesal que menciona la colaboradora fiscal, es preciso señalar que aun cuando la demanda pide en la quinta súplica, que se liquiden y paguen los valores que de acuerdo a la ley le puedan corresponder por el reconocimiento como tiempo doble de servicio del período referido, del contexto general del libelo y en especial de lo expresado al inicio de la misma súplica, puede concluirse que el accionante pretende que se le ordene al Ministerio de Defensa - Policía Nacional -, le incluya para efectos de la liquidción de su pensión, el tiempo de servicio como doble.

2) Significa lo anterior, que la pretensión no es cuantificable y por ello la demanda carece de cuantía, y su conocimiento corresponde en única instancia a esta Corporación. No se configura por ello la nulidad que hace notar la Fiscalía que, por lo demás, no sería saneable por tratarse de falta de competencia funcional.

3) Quedó probado en el proceso **que el Ministerio de Defensa Nacional no resolvió** oportunamente el recurso de apelación contra la resolución 1051 de 1989, y por consiguiente le asiste razón al actor cuando pide se declare el silencio administrativo negativo, a lo cual se accederá en la presente providencia.

4) Del examen de los actos acusados también se observa que en ellos no se niega la formación de la hoja de servicios policiales, ni la demanda tampoco solicita que se decrete su formación.

En los actos acusados la Dirección General de la Policía Nacional considera que el actor no tiene derecho al tiempo doble en los períodos que el actor señala, porque ellos no fueron reconocidos expresamente por el Gobierno Nacional.

5) Textualmente dicen los actos acusados en su parte pertinente:

a) Resolución 1051 de 1989:

"EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL
en uso de sus facultades legales, y
CONSIDERANDO:

Que el señor (r) RAFAEL VILLADA, mediante apoderado, solicita a la Dirección General el reconocimiento de tiempo doble de servicio a la Institución, comprendido del 26 de junio de 1975 al 22 de junio de 1976 y del 7 de octubre de 1976 al 15 de marzo de 1977;

Que los períodos solicitados, no obstante hallarse el país en Estado de sitio, no han sido reconocidos expresamente por el Gobierno Nacional como tiempo doble para el personal de la Policía Nacional.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Negar como en efecto se hace al Agente (r) RAFAEL VILLADA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.354.145 de Medellín, el reconocimiento de tiempo doble por los períodos comprendidos entre el 26 de junio de 1975 al 22 de junio de 1976 y del 7 de octubre de 1976 al 15 de marzo de 1977, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia". (se subraya).

b) Resolución 2570 de 1989:

"EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL

en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

Que el señor Agente (r) RAFAEL VILLADA, mediante apoderado ha interpuesto recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra la resolución No. 1051 del 21 de febrero de 1989, por la cual se negó una petición de tiempo doble;

Que los argumentos que sirven de fundamento al recurso, son en síntesis, los mismos invocados en la petición inicial que fue resuelta en su oportunidad a través de la resolución recurrida; Que por lo expresado no puede prosperar el recurso de reposición siendo procedente conceder el de apelación.

RESUELVE:

ARTICULO 1o. Negar la reposición de la resolución No. 1051 del 21 de febrero de 1989, solicitada por el Agente (r) RAFAEL VILLADA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.354.145 de Medellín, y conceder el recurso de apelación para ante (sic) el señor Ministro de Defensa Nacional, para cuyo efecto se remitirán los antecedentes al Despacho referido. ARTICULO 2o. Copia de la presente resolución deberá ser anexada a la hoja de vida y expediente prestacional respectivos".

6) Como el recurso de apelación no fue oportunamente resuelto, y únicamente existen los anteriores actos administrativos, deberá examinarse si el Gobierno Nacional debía impartirle aprobación a los tiempos dobles, y si de ser ello cierto el actor probó en el proceso la referida autorización.

7) El artículo 92 del Decreto Ley 3187 de 1968, por el cual se reorganiza la carrera profesional de los agentes de la Policía Nacional, invocado por el actor en su demanda, prescribe lo siguiente:

> "El tiempo de servicio en guerra internacional o conmoción interior, **en las zonas** que determine el Gobierno, **a juicio** del Consejo de Ministros si las condiciones justifican la medida, desde la fecha en que se establezca el estado de sitio por turbación del orden público hasta la expedición del decreto por el cual se restablezca la normalidad, **se computará** como tiempo doble para efectos de prestaciones sociales" (se subraya).

De la lectura del texto, se concluye evidentemente que el reconocimiento del tiempo doble dependía no solamente de que se estableciera el estado de sitio, sino de que el Gobierno determinara las zonas en donde habría de contarse el tiempo doble de servicio, a juicio del Consejo de Ministros, y si las condiciones justificaban la medida. Es decir podía existir el estado de sitio y el agente hallarse prestando el servicio en una zona de turbación del orden público, pero si el Gobierno Nacional no justificaba la medida, no podía computarse como tiempo doble para la liquidación de las prestaciones sociales de los agentes, el tiempo servido en las zonas de perturbación del orden público.

8) Como luego de examinado el proceso se observa que el actor no demostró respecto de los períodos comprendido entre el 26 de junio de 1975 al 22 de junio de 1976 y el 7 de octubre de 1976 al 15 de marzo de 1977, ni invocó como norma violada aquella mediante la cual el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo de Ministros, hubiera autorizado el reconocimiento del servicio para los Agentes de la Policía Nacional como tiempo doble , no le asiste razón en sus peticiones. Por consiguiente, se concluye que los actos mantienen la presunción de legalidad que les asiste, como igualmente **lo advirtió la Fiscalía Novena del Consejo de Estado en su vista de fondo.**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y oído el concepto Fiscal,

FALLA:

DECLARASE PROBADO EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN QUE INCURRIO EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL EN VIRTUD DE QUE NO DECIDIO OPORTUNAMENTE EL RECURSO DE APELACION CONTRA LA RESOLUCION No. 1051 DE 1989, PROFERIDA POR LA DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL, Y DENIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA PROMOVIDA POR RAFAEL VILLADA.

En firme el presente proveído archívese el expediente.

COPIESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente (salva voto); *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

HOJA DE SERVICIOS/ACTO DE TRAMITE/TIEMPOS DOBLES (Salvamento de Voto)

La formación de la hoja de servicios militares o policiales constituye un mero acto de trámite en la actuación que debe surtirse para la reclamación de una prestación, como quiera que se trata de la expedición de un documento probatorio sobre tiempo de servicios prestados a la institución militar o policial. De manera que, por una parte, la Administración no puede negarse a expedirla, y por otra, la jurisdicción no podría ordenar su conformación en una determinada forma, pues tratándose de un acto intermedio, cualquier inconformidad con su contenido debe debatirse por el interesado mediante la acción que se interponga contra el acto final, es decir, contra el que decida sobre el reconocimiento de la respectiva prestación, expedido por la autoridad que en sede gubernativa, tiene la competencia para examinar la legalidad y valorar el contenido de la certificación. Como los actos acusados simplemente se pronunciaron sobre la imposibilidad de computar como doble el tiempo de servicios del accionante, pero sin pronunciarse en definitiva sobre las prestaciones sociales para las cuales ese tiempo es indispensable según el peticionario, estimo que se trata apenas de un paso intermedio en la formación de la hora de servicios y que por ello los actos no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

*Salvamento de Voto de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*Santafé de Bogotá, D.C., marzo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 4708. Autoridades Nacionales. Actor: Rafael Villada.

Con todo respeto disiento de la decisión mayoritaria de la Sala en este asunto porque considero que la formación de la hoja de servicios militares o policiales constituye un mero acto de trámite en la actuación que debe surtirse para la reclamación de una prestación, como quiera que se trata de la expedición de un documento probatorio sobre tiempo de servicios prestados a la institución militar o policial.

De manera que, por una parte, la Administración no puede negarse a expedirla, y por otra, la jurisdicción no podría ordenar su conformación en una determinada forma, pues tratándose de un acto intermedio, cualquier inconformidad con su contenido debe debatirse por el interesado mediante la acción que se interponga contra el acto final, es decir, contra el que decida sobre el reconocimiento de la respectiva prestación, expedido por la autoridad que en sede gubernativa, tiene la competencia para examinar la legalidad y valorar el contenido de la certificación.

Este había sido el criterio reiterado de la Sala; entre los varios pronunciamientos anteriores, puede citarse la sentencia de 23 de octubre de 1978, en la que la Sala expresó:

> "La hoja de servicios militares es un acto simple, unilateral, que debe producirse obligatoria y oficiosamente al momento del retiro de un militar - oficial o suboficial - sin que su elaboración esté condicionada a la procedencia o no de determinada prestación social. Es dicho documento un acto de trámite que sirve al interesado para recurrir ante el mismo Ministerio u otra entidad -Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- en procura del reconocimiento de un derecho prestacional. Pero la sola elaboración de la hoja de servicios militares no implica la obligatoriedad del reconocimiento de un derecho o prestación social, pues sólo constituye un elemento de prueba.

Igualmente en sentencia de 11 de febrero de 1991 Expediente No. 926 esta Sala dijo:

> "Como ya lo ha expresado anteriormente, lo que genera situación subjetiva y particular y por tanto inmutable no es la hoja de servicios militares, sino el acto administrativo que con base en ella reconoce la prestación; la hoja de servicios es simplemente un documento probatorio que expide la respectiva Fuerza respecto de los servicios prestados, cuyas consecuencias jurídicas deben ser evaluadas al resolver sobre la asignación de retiro, y por tanto puede ser corregida cuando a ello haya lugar, e incluso objetada en el trámite de la expedición de la resolución de reconocimiento".
>
> "Así lo dispuso el artículo 10, literal a) del Decreto 586 de 1977, citado en la demanda como transgredido:
>
> a) Expedida la Hoja de Servicios, se enviará a la Caja de Retiro con sus antecedentes para estudio y resolución.

Surtido el trámite, el expediente será remitido al Ministerio de Defensa para su correspondiente revisión y aprobación".

"Si la Hoja de Servicios no reuniere los requisitos legales, podrá ser objetada por el Ministerio en el acto de revisión ..."

"Así también se consideró en la sentencia mediante la cual el Consejo de Estado ordenó formar la hoja de servicios del actor, cuya copia obra a fls. 4 a 10 del cuaderno de antecedentes, en uno de cuyos apartes dice:

"Pero considera la Sala que es del caso unificar dicha jurisprudencia, en lo que respecta a la formación de la hoja de servicios militares, acogiendo para ello lo resuelto en la sentencia de 10 de marzo de 1979 en el juicio 807,con ponencia del Doctor Alvaro Orejuela Gómez, según la cual 'la hoja de servicios militares no es más que un presupuesto necesario para que la Caja de Retiro de las FF.MM. se pronuncie sobre la asignación de retiro ... Con la sola formación de la hoja de servicios no está obtenido el militar dicha prestación, ni este hecho obliga en forma alguna a la Entidad facultada para tal reconocimiento. Es un nuevo acto intermedio que sirve de fundamento para el estudio de la situación jurídica del peticionario...' Dados estos antecedentes jurisprudenciales ... no se darán instrucciones al Ministerio sobre la forma de elaboración de dicho documento que lo hará el Ministerio de acuerdo con su criterio y, desde luego, ciñéndose a las normas legales correspondientes."

De manera que, como los actos acusados simplemente se pronunciaron sobre la imposibilidad de computar como doble el tiempo de servicios del accionante, pero sin pronunciarse en definitiva sobre las prestaciones sociales para las cuales ese tiempo es indispensable según el peticionario, estimo que se trata apenas de un paso intermedio en la formación de la hoja de servicios y que por ello los actos no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El fallo, en consecuencia, en mi sentir, debió ser inhibitorio.

Atentamente,

Dolly Pedraza de Arenas.

INURBE-Reestructuración/**PLANTA DE PERSONAL/SUPRESION DE EMPLEO**-Inexistencia/**DERECHO PREFERENCIAL/EMPLEADO DE CARRERA**

Si de los tres cargos existentes, se suprimieron dos, la administración estaba legalmente obligada a dar preferencia en la incorporación en el cargo subsistente a quien estuviera escalafonado en la carrera administrativa, por así ordenarlo el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968. Desconoce la Sala si los otros dos empleados que desempeñaban los cargos de igual categoría y grado estaban escalafonados, pero sí se comprobó que el accionante había sido inscrito en la carrera y que al cargo que subsistió fue incorporada una persona que aun cuando ya laboraba en el Instituto, pertenecía a otra regional. De manera que demostrado el derecho preferencial que tenía el accionante y no apareciendo excusa legal que no permitiera su incorporación (ninguna fue alegada por la demandada) ni que la persona vinculada hubiere tenido un mejor derecho, habrá de concluirse que el acto acusado desconoció injustamente el derecho del actor y que por ello debe accederse a las súplicas de la demanda.

Consejo de Estado,- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6496. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: Libardo Ortega.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituo de Crédito Territorial, hoy Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana "Inurbe" contra la sentencia de 12 de diciembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso promovido por Libardo Ortega a fin de que se declare la nulidad de la resolución No. 3310 de 10 de agosto de 1990, expedida por la Gerencia General de dicho Instituto, en cuanto no lo incorporó como funcionario de planta y, consecuencialmente, se condene a esta entidad a reincorporarlo en su planta de personal y a pagarle los sueldos, primas, vacaciones, cesantías y demás emolumentos a que tendría derecho si no hubiera sido desvinculado de su empleo.

Relata el actor que se incorporó al Inscredial a partir del 23 de mayo de 1983 como profesional universitario 3020-06; que por medio de la resolución No. 018033 de 13 de noviembre de 1985, del Departamento Administrativo del Servicio Civil, fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa, decisión conocida por el Inscredial pues copia de la providencia le fue remitida; que mediante resolución No. 3835 de 1986 fue ratificado en su empleo y que no obstante, no fue incorporado en la planta de personal señalada en la resolución No. 3310 de 1990, habiendo sido reemplazado por personal carente de las calidades requeridas para acceder a ese cargo.

Como normas en que fundamenta la acción cita los artículos 85, 135, 136, 138 y 139 del C.C.A., 40 del Decreto No. 2400 de 1968, 183 de Decreto No. 1950 de 1973 y los Decretos Nos. 583 de 1984, 770 de 1988 y 1774 de 1990 artículo 4o., sobre cuyo concepto de violación discurre a folios 34 a 35.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento despachó favorablemente al actor las súplicas de la demanda, para lo cual tuvo en cuenta que del acopio probatorio obrante en autos, se colige que el despido del demandante no se produjo como causa de la reestructuración de la planta de personal del Inscredial, ya que en la Sección de Proyectos de la Regional Santander, donde él venía laborando como profesional universitario código 3010 grado 06, se dejó un cargo de la misma categoría, en el cual fue designada la señora Aychel Morales S., lo que se evidencia a través de los testimonios recepcionados y, especialmente, de la resolución No. 3310 de 1990, por la cual se efectuó la incorporación de funcionarios a la planta de personal a que se ha hecho referencia y del Decreto 1774 de 1990, que le sirvió de soporte a dicha resolución, en cuyo artículo 3o, no aparece suprimido ningún cargo que se identificara con tal denominación.

Lo anterior, expresa el *a-quo*, permite concluir que el cargo que venía ocupando el accionante no fue suprimido por el citado Decreto, estatuto en el que se apoya la resolución No.3310 de 1990, en virtud de la cual fue desincorporado de la planta de personal del Instituto demandado.

EL RECURSO

Al sustentar la alzada, el apoderado del Inscredial alega que el actor no se encontraba en las circunstancias previstas en el numeral 4) del artículo No. 244 del

Decreto No.1950 de 1973, por lo cual y conforme con lo estatuído en el artículo 4o. del Decreto No. 2046 de 1969, le correspondía presentar al Consejo Superior del Servicio Civil la petición de que trata el inciso 30 del artículo 48 del Decreto No. 2400 de 1968, trámite que es imperativo según voces del artículo 1o. del C.C.A., por ser un procedimiento especial que debe agotarse antes de acudir a la justicia Contencioso Administrativa y, como ello no ocurrió -agotamiento de vía gubernativa-, jurídicamente es imposible proferir sentencia de mérito.

Igualmente la parte recurrente, reitera que la no incorporación del demandante en la planta de personal, obedeció a la suprevisón de 5 empleos de profesional universitario 3020-06 que existían en la Regional Santander, uno de los cuales era desempeñando por el accionante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luego de advertir que en el libelo se citó como parte demandada a la Nación-Ministerio de Desarrollo Económico, sin que hubiera razón legal para ello, toda vez que el organismo que profirió el acto acusado -INSCREDIAL- goza o está dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente y por tal razón tiene capacidad por sí solo para ser parte y comparecer al proceso, la Procuradora Judicial Quinta ante el Consejo de Estado, opina que la sentencia debe confirmarse, por cuanto el Decreto 1774 de1990, aprobatorio del Acuerdo No. 20 de ese año, que fijó la planta de personal de la entidad demandada, dejó en la Sección de Proyectos de Regional Santander, entre otros cargos, uno de profesional univeritario 3020-06, que era el que desempeñaba el accionante y en su artículo 3o. no suprimió ninguno con esa denominación y, en tales condiciones, le asistía al demandante, empleado inscrito en la carrera admnistrativa, el derecho a permanecer en el servicio, máxime cuando no se presentaba la supresión del empleo ocupado y, por tanto, no estaba obligado a seguir el trámite previsto en el inciso 3o. del artículo 48 del Decreto 2400 de 1968, agrega que por ello la administración debió reincorporarlo en la planta de personal, a que se refiere el Decreto 1774 y la resolución No. 3310 de 1990.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se cuestiona la legalidad de la resolución No. 3310 de 1990 de la Gerencia General del Instituo de Crédito Territorial, en cuanto omitió incorporar al accionante, a lo cual, en su sentir, tenía derecho por hallarse escalafonado en carrera administrativa en el cargo que venía ocupando y por no haber desaparecido éste en la nueva planta de personal adoptada por el Decreto No. 1774 de 1990.

Al respecto se observa lo siguiente:

1) Conforme a la comunicación visible a folio 2, el actor fue nombrado como profesional universitario 3020-06 de la Sección de Proyectos de la Regional Santander

del Instituto de Crédito Territorial, mediante resolución No. 1699 de 1983, cargo del cual tomó posesión el 23 de mayo de ese mismo año (fl. 3).

2) Por medio de la resolución No. 18033 de 13 de noviembre de 1985, del Departamento Administrativo del Servicio Civil, fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el cargo citado (fl.5).

3) Según lo certifica el Secretario General de la entidad demandada (folio 45), antes de adoptarse la planta de personal, por el Acuerdo 20 de 1990 de la Junta Directiva aprobado por el Decreto 1774 de 1990 de la Presidencia de la República, en la Dirección Regional de Santander, División Técnica, Sección de Proyectos, existían tres cargos de profesional universitario 3020-06 y por virtud de los mencionados Acuerdo 20 y Decreto 1774, en la citada sección quedó únicamente un cargo 3026-06. Significa lo anterior, que en virtud de la adopción de dicha planta, de los tres cargos de esa denominación y grado quedó subsistiendo solamente uno.

4) Por resolución No. 3310 de 1990 de la Gerencia General, en este cargo fue incorporada la señora Aychel Morales S. (fl.12). Sobre esta empleada nada dice ni la demanda ni la demandada, de manera que se desconocen antecedentes relacionados con su escalafonamiento en la carrera administrativa, pero sí se halla establecido, a través de la prueba testimonial (fls.65 a71 vuelto), que procedía de otra regional del Instituto, vale decir, no se hallaba vinculada a la Regional Santander.

Infiérese de lo anterior, que si de los tres cargos existentes,se suprimieron dos, la administración estaba legalmente obligada a dar preferencia en la incorporación en el cargo subsistente a quien estuviera escalafonado en la carrera administrativa, por así ordenarlo el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968.

Desconoce la Sala si los otros dos empleados que desempeñaban los cargos de igual categoría y grado estaban escalafonados, pero sí se comprobó que el accionante había sido inscrito en la carrera y que al cargo que subsistió fue incorporada una persona que aun cuando ya laboraba en el Instituto, pertenecía a otra regional.

De manera que demostrado el derecho preferencial que tenía el accionante y no apareciendo excusa legal que no permitiera su incorporación (ninguna fue alegada por la demandada) ni que la persona vinculada hubiere tenido un mejor derecho habrá de concluirse que el acto acusado desconoció injustamente el derecho del actor y que por ello debe accederse a las súplicas de la demanda.

De otra parte, la Sala estima que no era del caso cumplir con el trámite previsto en el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968, en concordancia con el artículo 4o. del Decreto No. 2046 de 1969, porque no obra constancia en el expediente ni fue hecho alegado por el Instituto, que hubiere existido pronunciamiento alguno de la entidad respecto a que, a su juicio, no hubiere empleos equivalentes para la incorporación del actor, y es éste el caso en el que procede la intervención del Servicio Civil que echa de menos la demandada.

En las condiciones descritas, resulta obvio que el acto acusado transgrede las normas que regulan el régimen de los empleados inscritos en la carrera administrativa, y, por ende, se impone su nulidad, como lo dispuso el Tribunal en el fallo apelado.

Resta agregar que asiste razón a la Procuradora Judicial, cuando señala que en el *sub-lite* no procedía demandar a la Nación, puesto que el Inscredial -hoy Inurbe-, es un establecimiento público, jurídicamente apto para comparecer directamente al proceso.

El fallo por tanto deberá ser confirmado, adicionándolo en el sentido de disponer que de las sumas que el Inscredial debe cancelar al Dr. Ortega, en virtud de lo ordenado en el numeral 3o. de su parte resolutiva, se descuenten las sumas que haya recibido del erario público o de entidades en que el Estado tenga parte principal, por los mismos conceptos y en el mismo tiempo, de conformidad con lo establecido en los artículos 64 de la Constitución Política de 1886 y 128 de la de 1991.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1) Confírmase la sentencia de 12 de diciembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por Libardo Ortega con el fin de obtener la nulidad parcial de la resolución No. 3310 de 1990 expedida por la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial.

2) Adiciónase el aludido fallo, en el sentido de disponer que de las sumas que el Inscredial debe cancelar al Dr. Ortega, en virtud de lo ordenado en el numeral 3o. de su parte resolutiva, se descuenten las sumas que haya recibido del erario público o de entidades en que el Estado tenga parte principal, por los mismos conceptos y en el mismo tiempo, de conformidad con lo establecido en los artículos 64 de la Constitución Política de 1886 y 128 de la de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE ACTORES

PRIMER TRIMESTRE DE 1994

(Primera Parte)

	Página
ALBERTO BLANCO REBOLLEDO	950
ALFONSO CHAVEZ VALERO	173
ALFONSO PINILLA CONTRERAS	970
ALVARO ANTONIO AZUERO QUIÑONES	783
ANA MARIA PASAJE MORILLO	31
ANDRES MARTINEZ MARTINEZ	359
ANTONIO JOSE DE IRISARRI R.	593
BANCO DE LA REPUBLICA	955, 958
BEATRIZ DE LAS MERCEDES LINARES CANTILLO	398
BELISARIO BELTRAN BASTIDAS	491
BENEDICTO SANDOVAL	870
BLAS HERNANDEZ OLASCOAGA	847
CAPRECUNDI	776
CAR	734
CARLOS HUGO GALLEGO CARDONA	996
CARLOS OMAR DEL VALLE QUINTANA	840
CECILIA IMELDA MORENO GONZALEZ	1003
CLARA INES GONZALEZ CONDE	621
CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA	148, 152
CONCASA	167
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA	530
DOMINGO BANDA TORREGROZA	440
EDUIN DE LA ROSA QUESSEP	519
ELSY CECILIA MIRANDA DE MIRANDA	38, 44, 46, 49, 56

	Página
EMMA DEL ROSARIO SANCHEZ DE CORRALES	923
ENRIQUE MALDONADO SANTOS	9, 21, 25, 27, 29
ENRIQUE MONTAÑA GUTIERREZ	878
FEDERALISMO LIBERAL COLOMBIANO-EDGAR SANCHEZ	58
FERNANDO LUIS MARTINEZ MENDEZ	62, 85, 88, 90, 92, 95, 96 99, 103, 104, 107, 190, 206
FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA	799
GERMAN CAVELIER GAVIRIA Y OTRO	476
HANS WAGNER JARAMILLO	367
HERNANDO BEDOYA RESTREPO	938
HILDA CONSUELO FAJARDO	934
HUGO MORA MURILLO Y OTRO	510
HUGO PALACIOS MEJIA	606
IGNACIO ARAUJO VELEZ	537
JAIME ARTURO BETANCOURTH GONZALEZ	384
JAIME RAFAEL PEDRAZA	109, 121, 124
JAIME ROCHA GARCIA	461
JAIR GARCIA GARCES	430
JAIRO LOPEZ MORALES	888
JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ	374
JESUS HILARIO VASQUEZ VASQUEZ	1008
JESUS IVAN CARDENAS SEPULVEDA	831, 835
JORGE ENRIQUE VELASCO ESPINOSA	815
JORGE GARCIA HURTADO Y LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO	418
JORGE NIÑO VERA Y OTROS	913
JORGE PINZON AVILA	961
JORGE VALENCIA ARANGO	654
JOSE A. PEDRAZA PICON	600
JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ	343, 729
JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ Y MARIA IRENE MEJIA ESLAVA	638
JOSE CIPRIANO LEON C.	630
JOSE GERMAN RAMIREZ CANO Y OTROS	444

	Página
JOSE JAMES CHAVEZ MUÑOZ	546
JUAN DE JESUS SERNA SEGURA	903
JUAN H. ALZATE P.	929
JUAN SANDOVAL ROA	974
JULIO CESAR DIAZ PERDOMO	1014
LA NACION	858
LELIS HUMBERTO DELGADILLO SANCHEZ	790, 794, 796
LIBARDO ORTEGA	1030
LIGIA FLOR SANCHEZ DE MENDOZA	176, 188
LIGIA LFOREZ VIUDA DE MARIN	770
LIGIA MARITZA VARGAS REYES	851, 854
LILIANA ROSA VALDES BAQUERO	697
LUCY CRUZ DE QUIÑONES	559, 562, 681, 685
LUIS ALBERTO MUÑOZ COY	918
LUIS ANTONIO ARROYO PABUENA	336
LUIS CARLOS SACHICA A.	713, 436
LUIS GABRIEL OSSA ARBELAEZ	895
LUIS MUÑOZ ALVAREZ Y OTRA	823
MARCEL SILVA ROMERO	451
MARCO ANTONIO CASTRO QUINTERO E ILBA MARIA QUIROS P.	718
MARIA EDUVIGES LEGUIZAMON DE BENAVIDES	865
MARIA EUGENIA MANTILLA G.	578
MARIA HELENA LA ROTTA TORRES	156, 165
MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ Y OTROS	565
MARIA PLAUXCILA NUÑEZ VDA. DE NUÑEZ	908
NOEL MARULANDA POSSO	836
OLID LARRARTE RODRIGUEZ	669
OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ	497
OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO	405
PIZZA HUT INC.	553
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	127, 141, 143, 146
RAFAEL CORRALES RAMIREZ	745
RAFAEL MANTILLA RUIZ	689
RAFAEL VILLADA	1020, 1027

	Página
RAMIRO APONTE PINO	410
RAUL TRUJILLO CORTES	987
SAMIR TOM ANDERSON	978, 983
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO	807
SINTRACREDITARIO	703
SINTRATELEHUILA	991
SOCIEDAD MONSANTO COMPANY	583
SOCIEDAD NAUTICA APPAREL INC.	413
TELECOM	33
UNIMOTOR	764
URIEL QUEKAN CANASTO	392
VICENTE MIRANDA MELO	943

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

PRIMER TRIMESTRE DE 1994

(Primera Parte)

SALA PLENA

Página

A

ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA–Objeto
(Aclaración de Voto) 84

ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA–Requisitos
(Aclaración de Voto) 46

ACTO DEFINITIVO 167

ACTO DE TRAMITE 167

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO
(Aclaración de Voto) 84

B

BIENES Y SERVICIOS–Adquisición 61

BIENES Y SERVICIOS COMUNES–Inexistencia
(Salvamento de Voto) 102

C

CARGO-Concepto 175

CARGO POLITICO 109

COMPETENCIA 37
126
(Salvamento de Voto) 140
(Salvamento de Voto) 94

		Página
COMPETENCIA	(Salvamento de Voto)	187
	(Salvamento de Voto)	206
CONCEJAL		31
CONDICIONES COMUNES-Inexistencia		
	(Salvamento de Voto)	106
CONFLICTO DE INTERESES		9
	(Salvamento de Voto)	20
	(Aclaración de Voto)	25
	(Salvamento de Voto)	27
	(Aclaración de Voto)	29
CONFLICTO DE INTERESES-Inexistencia		189
CONFLICTO DE JURISDICCION-Naturaleza		33
CONGRESISTA		9
		37
		38
		109
		126
		189
	(Salvamento de Voto)	20
	(Aclaración de Voto)	25
	(Salvamento de Voto)	27
	(Aclaración de Voto)	29
	(Aclaración de Voto)	146
	(Salvamento de Voto)	152
CONGRESISTA-Incompatibilidades		61
		126
		175
	(Aclaración de Voto)	84
CONGRESISTA-Inhabilidades	(Aclaración de Voto)	48
	(Salvamento de Voto)	56
	(Salvamento de Voto)	90
	(Salvamento de Voto)	92
	(Salvamento de Voto)	96
	(Aclaración de Voto)	98
	(Salvamento de Voto)	106
	(Salvamento de Voto)	120
	(Aclaración de Voto)	124
	(Salvamento de Voto)	142
CONGRESISTAS		148
CONSEJAL		31

		Página
CONSEJO DE ESTADO		37
		126
	(Salvamento de Voto)	206
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA		33
CONSTITUCION POLITICA-Promulgación		
	(Aclaración de Voto)	84
CONTRATO		61
	(Aclaración de Voto)	84
	(Salvamento de Voto)	90
	(Salvamento de Voto)	92
	(Salvamento de Voto)	96
	(Aclaración de Voto)	104
	(Salvamento de Voto)	106
D		
DEMANDA-Requisitos		148
	(Salvamento de Voto)	152
DERECHO DE IGUALDAD PROCESAL		173
DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA		58
DERECHOS FUNDAMENTALES		58
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES		173
DIRECTIVO	(Aclaración de Voto)	124
E		
EMPLEO-Concepto		175
EMPLEO PRIVADO-Inexistencia		109
		175
ENTIDAD PRIVADA		175
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD		
	(Aclaración de Voto)	48
	(Salvamento de Voto)	120
	(Salvamento de Voto)	142
EXCEPCION DE INSTITUCIONALIDAD		
	(Aclaración de Voto)	98
EXCEPCIONES		61
F		
FONDOS PUBLICOS		126

		Página
	G	
GESTION DE NEGOCIOS		126
	(Aclaración de Voto)	84
	(Salvamento de Voto)	90
GESTION DE NEGOCIOS-Inexistencia		
	(Aclaración de Voto)	88
	H	
HECHO SOBREVINIENTE	(Aclaración de Voto)	25
	I	
INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS		
	(Aclaración de Voto)	44
	(Salvamento de Voto)	56
	(Aclaración de Voto)	146
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO		167
INTERPUESTA PERSONA	(Salvamento de Voto)	92
	(Salvamento de Voto)	96
	(Salvamento de Voto)	102
	(Salvamento de Voto)	106
INTERPUESTA PERSONA-Inexistencia		
	(Aclaración de Voto)	88
	(Aclaración de Voto)	104
	J	
JUNTA DIRECTIVA-Miembro		175
	L	
LEY ESTATUTARIA	(Salvamento de Voto)	20
	(Aclaración de Voto)	29
	M	
MUERTE POLITICA	(Aclaración de Voto)	84
	N	
NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal		31
		58
	(Salvamento de Voto)	20
	(Salvamento de Voto)	206

		Página
NULIDAD PROCESAL		33
	O	
OSCILACION DE PENSIONES		155
	P	
PARTIDO POLITICO	(Aclaración de Voto)	124
PARTIDO POLITICO-Representación Legal		109
	(Aclaración de Voto)	124
PENSION MENSUAL VITALICIA		155
PENSION MENSUAL VITALICIA-Consolidación		
	(Salvamento de Voto)	165
PENSION MILITAR		155
PERDIDA DE LA INVESTIDURA		9
		37
		38
		109
		126
		148
		175
	(Aclaración de Voto)	48
	(Aclaración de Voto)	84
	(Aclaración de Voto)	98
	(Salvamento de Voto)	56
	(Salvamento de Voto)	106
	(Salvamento de Voto)	120
	(Aclaración de Voto)	124
	(Salvamento de Voto)	142
	(Aclaración de Voto)	146
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales		189
	(Salvamento de Voto)	20
	(Aclaración de Voto)	25
	(Aclaración de Voto)	27
	(Aclaración de Voto)	29
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Efectos		
	(Aclaración de Voto)	84
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Improcedencia		31
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite		187
	(Salvamento de Voto)	94
	(Salvamento de Voto)	140

	Página
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite	
(Salvamento de Voto)	152
(Salvamento de Voto)	187
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Procedimiento	
(Aclaración de Voto)	29
(Salvamento de Voto)	206
PERSONERIA JURIDICA-Inexistencia	126
PETICION DE OPORTUNIDAD	173
PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL	173
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	148
PROCEDIMIENTO ESPECIAL-Inexistencia	
(Salvamento de Voto)	94
(Salvamento de Voto)	140
(Salvamento de Voto)	187
PROCESO ORDINARIO	37
	126
R	
RECURSO DE SUPLICA	155
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica	167
REGIMEN DE INHABILIDADES-Violación	38
	148
REVOCATORIA DEL MANDATO	58
S	
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL-Improcedencia	37
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	126
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO	37
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA-Facultades	33
SALA PLENA (Salvamento de Voto)	206
SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO	
(Salvamento de Voto)	94
(Salvamento de Voto)	140
(Salvamento de Voto)	187
SENTENCIA PENAL	38
(Salvamento de Voto)	156
SENTENCIA PENAL-Improcedencia	148
(Aclaración de Voto)	44

		Página
SOCIEDAD-Socio	(Salvamento de Voto)	102
SUSTITUCION PENSIONAL-Liquidación		155
	(Salvamento de Voto)	165

T

TERMINOS PROCESALES-Cumplimiento		173
TRAFICO DE INFLUENCIAS-Demostración		
	(Salvamento de Voto)	56
	(Salvamento de Voto)	152
TRANSITO DE LEGISLACION		167

V

VALORES CONSTITUCIONALES		
	(Aclaración de Voto)	48
	(Aclaración de Voto)	98
	(Salvamento de Voto)	120
	(Salvamento de Voto)	142

SALA DE CONSULTA

A

ACTIVIDAD CONTRACTUAL	252
ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación	297
ALCALIS DE COLOMBIA	260
ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-Naturaleza Jurídica	260
ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-Régimen Aplicable	260
ARTISTA EXTRANJERO	252

B

BANCO DE LA REPUBLICA-Funciones	240
BANCO DE LA REPUBLICA-Naturaleza Jurídica	240
BIENES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Embargabilidad	308
BIEN INMUEBLE DE LA NACION	326
BIEN INMUEBLE NACIONAL-Enajenación	276
BONIFICACION	246

C

CAJA AGRARIA	301
CAMARA DE COMERCIO	220

	Página
CARRERA ADMINISTRATIVA-Inscripción	246
COMPETENCIA	226 260
CONCEJAL-Incompatibilidades	234
CONGRESO DE LA REPUBLICA	260
CONGRESO DE LA REPUBLICA-Facultades	276
CONSEJO ASESOR PARA LA PROFESIONALIZACION DEL ARTISTA-Funciones	252
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Funciones	220
CONTRATACION DIRECTA	297
CONTRATO DE CONCESION DE HIDROCARBUROS (Salvamento de Voto)	291
CONTRATO DE CONCESION DE YACIMIENTOS MINERALES	276
CONTROL FISCAL-Improcedencia	220
CONVENCION COLECTIVA-Beneficiarios	260
CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO	319
CORTE CONSTITUCIONAL-Miembros	226
D	
DELEGACION DE FUNCIONES	230 266 276
DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS-Participación	270
DERECHO PREFERENCIAL	211
DERECHOS ADQUIRIDOS (Salvamento de Voto)	211 291
DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia	281
DONACION-Improcedencia	326
E	
ECOPETROL-Utilidades	270
EJERCICIO PROFESIONAL-Procedencia	234
EMPLEADO OFICIAL	211
EMPLEADO PUBLICO	319
EMPLEADO PUBLICO-Régimen Aplicable	260

	Página
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	260
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS	266
F	
FONDO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTISTA COLOMBIANO-Funciones	252
FUNCIONARIO DE CARRERA	211
H	
HIDROCARBUROS	281
HIDROCARBUROS-Explotación	270
HONORARIOS	234
I	
ICCE-Liquidación	211
ICCE-Supresión	211
IMPEDIMENTO-Causales	266
IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL-Improcedencia	240
IMPUESTO ESPECIAL-Recaudo	252
IMPUESTOS-Inexistencia	220
IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS	270
INCORA	266
INGRESOS-Naturaleza	220
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL	230
INTERES DIRECTO	266
ISS-Aportes Patronales	240
J	
JUNTA DIRECTIVA	230
JUNTA DIRECTIVA-Facultades	260 319
JUNTA DIRECTIVA-Miembros	266
M	
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Reestructuración	246

	Página
MINISTRO DE JUSTICIA-Facultades	230
N	
NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD-Designación	226
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD	246
O	
OBLIGACION TRIBUTARIA-Sujeto	252
ORGANISMO ESTATAL DE RANGO CONSTITUCIONAL	240
P	
PENSIONADOS	301
PENSION DE JUBILACION-Compatibilidad	234
PERSONA NATURAL	326
PLANTA DE PERSONAL-Clasificación	319
POTESTAD REGLAMENTARIA	297
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	297
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades	276
PRESTACIONES SOCIALES	260
PRESTAMO PARA VIVIENDA	301
PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION-Inembargabilidad	308
PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL	326
PRINCIPIO DE IGUALDAD ECONOMICA	301
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Facultades	230
PROFESIONAL DEL ARTE-Requisitos	252
PRORROGA (Salvamento de Voto)	291
PRORROGA-Improcedencia	281
R	
RECURSOS PROPIOS-Destinación	301
RECUSACION	266
REGISTRO MERCANTIL	220
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	252
REVERSION	276
REVOCATORIA DIRECTA-Consentimiento	246

Página

S

SALVAMENTO DE VOTO 313
SENADO DE LA REPUBLICA 226
SERVICIO NACIONAL DE SALUD 319
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA 260
SOLUCION DE CONTINUIDAD-Improcedencia 211
SUPRESION DE EMPLEOS 211
246

T

TRABAJADOR OFICIAL 260
319
TRANSFERENCIA DE BIEN INMUEBLE DE LA NACION-Improcedencia 326

U

URGENCIA MANIFIESTA 297

V

VACANTE TEMPORAL 226

SECCION PRIMERA

A

ABOGACIA 552
ACCION DE NULIDAD 680
ACCION DE NULIDAD-Improcedencia (Salvamento de Voto) 562
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Improcedencia 429
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Titularidad (Salvamento de Voto) 685
ACREEDOR PRENDARIO 443
ACTIVIDAD PORTUARIA 605
ACTO ADMINISTRATIVO 629
728

	Página
ACTO GENERAL	429
	558
	680
ACTO GENERAL-Inexistencia (Salvamento de Voto)	562
ACTO PARTICULAR (Salvamento de Voto)	562
ACTO PARTICULAR-Inexistencia	558
ACTOS DE EFECTOS GENERALES (Salvamento de Voto)	684
ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES (Salvamento de Voto)	684
(Salvamento de Voto)	685
ACTOS ESTATALES-Clasificación (Salvamento de Voto)	684
ACTOS ESTATALES-Efectos (Salvamento de Voto)	684
ACTOS GENERALES (Salvamento de Voto)	684
ACTOS PARTICULARES (Salvamento de Voto)	684
ADJUDICACION NO FORMAL	460
ALCALDE MAYOR-Facultades	536
	712
APROPIACION PRESUPUESTAL	518
AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA	440
AUTONOMIA MUNICIPAL	529
AUTORIZACION PORTUARIA	605
B	
BIEN DE USO PUBLICO-Restricción	335
C	
CAJA AGRARIA-Reestructuración	509
	702
CAJANAL-Reestructuración	564
	565
CIRCULAR EXTERNA-Naturaleza	680
CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA	728
COMISION ASESORA	391
COMISION ASESORA DEL GOBIERNO	358
	372

	Página
COMISION ASESORA DEL GOBIERNO	473
	565
	637
	696
COMPETENCIA RESIDUAL	728
CONCEJAL MUNICIPAL	519
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades	366
CONCESION PORTUARIA	604
	605
CONCILIACION	474
	475
CONDENA EN CONCRETO	600
	653
	668
CONGRESO DE LA REPUBLICA-Facultades	546
CONSEJO DE ESTADO	728
CONSEJO DISTRITAL-Facultades	734
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA	398
CONTRALORIA MUNICIPAL-Partidas	518
CONTRAPRESTACION-Monto	604
CONTRAPRESTACION-Sujeto Pasivo	604
CONTRATO DE MANDATO	552
CONTRATO DE MINERIA	474
CONTRATO DE PRENDA	443
CONTROL CONSTITUCIONAL	728
CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD	728
CONTROL JURISDICCIONAL	629
CONTROL JURISDICCIONAL-Naturaleza	397
CONTROL JURISDICCIONAL-Objeto	397
CRITERIO ORGANICO O FORMAL	728

D

DEBIDO PROCESO	335
DECAIMIENTO DEL ACTO	397
	409
DECRETO LEGISLATIVO	728

	Página
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES	372
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Jurídica	728
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Naturaleza	383 569 629 702
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad	342 358 391 450 496 509 637
DECRETO LEGISLATIVO DE FUNCIONES CONSTITUCIONALES-Temporalidad	373
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL-Reestructuración	358
DELEGACION DE FUNCIONES-Improcedencia	712
DERECHO AL AMBIENTE SANO	474
DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA	565
DERECHO DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD	497
DERECHO DE PETICION	577
DERECHO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Naturaleza	688
DERECHOS ADQUIRIDOS	474
DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia	605 638 688 702
DERECHOS DE PETICION	668
DIA HABIL	621
DIAN	405
DIRECCION GENERAL DE EDUCACION DE ADULTOS	460
DOCUMENTOS	491

	Página
E	
EJECUCION DE LA SENTENCIA-Trámite	600
EJERCICIO DE LA PROFESION	552
ESPACIO PUBLICO	366
ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	536
ESTABLECIMIENTO DE EMPEÑO	443
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Supresión	450
ESTATUTO DE BOGOTA	728
EXPLOTACION DE MINAS	474
F	
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	366
FINES DEL ESTADO	717
FIS	638
FIS-Creación	637
FOCINE-Supresión	696
FONDEO	605
FOTOCOPIA AUTENTICA-Valor Probatorio	491
FUNCION JURISDICCIONAL	475
G	
GASTOS DE FUNCIONAMIENTO	518
GOBIERNO NACIONAL-Facultades	342
	358
	372
	383
	391
	474
	496
	509
	564
	565
	592
	638
	688
	696
	702

	Página
GOBIERNO NACIONAL-Facultades	712 717

H

HONORARIOS	519
HONORARIOS PROFESIONALES	552

I

IAN-Reestructuración	473
ICA-Reestructuración	383
ICEL-Naturaleza Jurídica	688
ICEL-Reestructuración	688
IMPUESTO DE CONSTRUCCION-Improcedencia	366
INCIDENTE DE REGULACION DE HONORARIOS	552
INDEMNIZACION	372
INDEMNIZACION POR DESPIDO	343
INTERES JURIDICO-Inexistencia	429
INTERES PUBLICO	474
INTRA	577
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	405

J

JUEGOS DE AZAR	429
JUEGOS DE AZAR-Regulación	546
JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	397
JUNTA DIRECTIVA-Facultades	373
JURISDICCION COACTIVA	577

L

LEGITIMACION POR ACTIVA	429
LEY ESPECIAL	630
LICENCIA DE CONDUCCION	529
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO	429 443 536

	Página
LICENCIA DE INICIACION DE LABORES	460

M

MEDIO AMBIENTE	734
MINERALCO-Reestructuración	473
MINISTERIO DE AGRICULTURA-Funciones	717
MINISTERIO DE COMUNICACIONES-Facultades	592
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO-Reestructuración	496
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO-Reestructuración	391
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Funciones	475
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Reestructuración	473
MINISTERIO PUBLICO-Funciones	653
MONOPOLIO DE JUEGOS	546
MONOPOLIO DE LOTERIAS	558

N

NOMBRE COMERCIAL	413
NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal	734
NOTIFICACION PERSONAL	440
NOTIFICACION POR ESTADO	440

O

OPERACIONES PORTUARIAS	605
ORGANISMO MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE	529

P

PARQUE AUTOMOTOR-Incremento	712
PARTICIPACION MUNICIPAL EN EL PRESUPUESTO	417
PATRIMONIO ARTISTICO	366
PATRIMONIO CULTURAL	366
PATRIMONIO ECOLOGICO	734
PAZ Y SALVO	653
PERMISO DE POLICIA	429

	Página
PLAN DE EXPANSION DEL SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR	592
PLANTA DE PERSONAL	358
	373
	509
	638
PODER ESPECIAL-Improcedencia	668
PODER ESPECIAL-Terminación	552
POTESTAD REGLAMENTARIA-Ambito	668
PRENDA	443
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL	409
PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION-Liquidación	417
PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL	605
	638
	688
	696
PREVALENCIA DEL INTERES PUBLICO	474
PRINCIPIO DE INENAJENABILIDAD	474
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	436
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	405
PROCESO DISCIPLINARIO	398
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Juzgamiento	398
PROSOCIAL-Reestructuración	373
PURGA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia	366

R

RECURSO DE APELACION	335
RECURSO DE REPOSICION	335
REGISTRO DE MARCA	413
REGISTRO DE MARCA-Improcedencia	583
REGLAMENTO INTERNO	577
REPOSICION DEL EQUIPO AUTOMOTOR	712
RESERVA MINERAL ESPECIAL	474
RESERVA PRESUPUESTAL	519
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO	536

Página

S

SALA JUDICIAL DISCIPLINARIA-Facultades 398

SANTAFE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL-Régimen Aplicable 630

SCOUT 583

SENA-Reestructuración 342

SENTENCIA-Cumplimiento 653, 668

SENTENCIA-Ejecución 653, 668

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION-Vigilancia 460

SERVICIO PUBLICO DE SALUD 565

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES 592

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE 529, 712

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS-Facultades 604, 605

SUPRESION DE EMPLEOS 342, 372, 383, 391, 450, 474, 496, 638, 688, 717

SUPRESION DE EMPLEOS PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL 702

SUSPENSION DE EMPLEOS 564

SUSPENSION PROVISIONAL 409, 629

SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia 405, 413

T

TARJETA PORTUARIA 621

TAXI 712

	Página
TELEFONIA CELULAR	592
TERMINO LEGAL	621
TITULO MINERO	474
TRANSITO CONSTITUCIONAL	397
TRANSITO DE LEGISLACION	605
TRANSPORTE PUBLICO MUNICIPAL	529

V

VECOL-Objeto	717
VECOL-Reestructuración	717
VEEDOR DEL TESORO-Facultades	436

Z

ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL	450

SECCION SEGUNDA

A

ABOGADO AUXILIAR DEL CONSEJO DE ESTADO-Requisitos	836
ACCIDENTE DE TRABAJO-Requisitos	770
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	970
ACTO ADMINISTRATIVO	743 806 888 937
ACTO ADMINISTRATIVO-Causal de Nulidad	876
ACTO ADMINISTRATIVO-Causales de Nulidad	846
ACTO ADMINISTRATIVO-Definición	846
ACTO DE REMOCION	950
ACTO DE TRAMITE	840 908
(Salvamento de Voto)	1027
ACTO GENERAL	806
ACTO REGLADO	846

	Página
AGENTE MARITIMO	798
ALCALDIA-Facultades	1013
ANALOGIA-Improcedencia	743
(Aclaración de Voto)	983
APORTES PARA PENSION-Acumulación	942
ARMADA NACIONAL	922
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades	1013
ASCENSO EN EL ESCALAFON	1002
AUDITOR ESPECIAL-Facultades	743
AUDITOR ESPECIAL-Nombramiento	743
AUDITOR FISCAL-Elección	743
AUTONOMIA ADMINISTRATIVA	775
AUXILIO DE TRANSPORTE	865

B

BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA	864
BONIFICACION	973

C

CADUCIDAD	970
CAJA DE CREDITO AGRARIO Y MINERO-Naturaleza Jurídica	806
CAJA DE PREVISION	775
CALIFICACION DE SERVICIOS	840
	908
CAPRECUNDI	775
CAPRECUNDI-Clasificación	775
CAPRECUNDI-Funciones	775
CAPRECUNDI-Naturaleza Jurídica	775
CAPRECUNDI-Objeto	775
CARGA DE LA PRUEBA	770
CARGO DE PERIODO	789
CARGOS DE DIRECCION Y CONFIANZA	917
CARRERA ADMINISTRATIVA	814
	877
CARRERA ADMINISTRATIVA-Inscripción	775

	Página
CARRERA JUDICIAL	840
	908
	949
	986
CARRERA PENINTENCIARIA Y CARCELARIA	903
CESE ILEGAL DE ACTIVIDADES-Declaratoria	991
COLCULTURA	851
COMISION	814
COMISIONES	857
COMISIONES-Clases	857
COMPENSACION PECUNIARIA	887
COMPETENCIA	764
	782
	806
	851
	922
	955
(Aclaración de Voto)	958
COMPETENCIA POR CUANTIA	789
COMPETENCIA PREVALENTE	847
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades	1013
CONFIRMACION	836
CONGRESO DE LA REPUBLICA-Facultades	864
CONSEJO DE ESTADO	789
	806
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA	973
CONTRALOR ESPECIAL-Funciones	743
CONTRALOR GENERAL-Facultades	744
CONTRATO	937
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	823
	1008
CONTRATO DE TRABAJO	851
(Aclaración de Voto)	958
CONTRATO DE TRABAJO-Demostración	917
CONTRATO DE TRABAJO-Inexistencia	834
(Aclaración de Voto)	854

	Página
CONTRATO DE TRABAJO-Regla Excepcional	917
CONTROL FISCAL	743
CONTROL JURISDICCIONAL	806
CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia	908
CONTROL JURISDICCIONAL-Objeto	744
CONTROVERSIAS JUDICIALES	764
CONVENCION DE VIENA	876
CORPORACIONES JUDICIALES	973
CORTE CONSTITUCIONAL-Funciones	744
COSA JUZGADA	917

D

DECAIMIENTO DEL ACTO	888
DECRETO REGLAMENTARIO	888
DELEGACION DE FUNCIONES	806
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA	775
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL-Facultades	775
DERECHO A ELEGIR	986
DERECHO COLECTIVO	856
DERECHO COLECTIVO-Inexistencia	857
DERECHO DE ASOCIACION	856
DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL-Ejercicio	856
DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL-Protección	856
DERECHO DE DEFENSA	991
DERECHO INDIVIDUAL	857
DERECHO PREFERENCIAL	1030
DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia	922
DEROGATORIA DEL ACTO	1013
DEROGATORIA TACITA	949
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES	973
DESCUENTO-Improcedencia (Aclaración de Voto)	983
DESPACHO JUDICIAL	950
DESPIDO MASIVO-Inexistencia	869

	Página
DESTINOS PUBLICOS-Provisión	1013
DESTITUCION	903 960
DESVIACION DE PODER	814
DESVIACION DE PODER-Definición	878
DIRECTIVO SINDICAL	856 857
DIRECTIVO SINDICAL-Deberes	858

E

EDIS	960
EFECTOS ***EX-TUNC***	917
EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO	846
EMPLEO DE CARRERA	869
EMPLEADO DE CARRERA	1030
EMPLEADO DEL SECTOR PUBLICO	857
EMPLEADO DE MANEJO	744
EMPLEADO DEPARTAMENTAL	864
EMPLEADO DEPARTAMENTAL-Régimen Aplicable	877
EMPLEADO DE PERIODO	978
EMPLEADO JUDICIAL	840
EMPLEADO MUNICIPAL	1013
EMPLEADO MUNICIPAL-Régimen Aplicable	877
EMPLEADO OFICIAL	851
EMPLEADO PUBLICO	782 830 847 864 869
EMPLEADO PUBLICO-Inexistencia	823
EMPLEADOS-Clasificación	830
EMPLEADOS PUBLICOS	917
EMPLEO DE CARRERA	949
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION	814 877

	Página
EMPLEO PUBLICO-Inexistencia (Aclaración de Voto)	983
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-Naturaleza Jurídica	830 834
EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA-Naturaleza Jurídica	917
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	834 917
ENTIDAD DESCENTRALIZADA	960
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS (Aclaración de Voto)	787
ENTIDADES TERRITORIALES	877
ENTIDAD OFICIAL (Aclaración de Voto)	787
EQUIVALENCIA DE CARGOS-Inexistencia	934
ERGA OMNES	917
ESCUELA NUEVA	1002
ESTABILIDAD	978
ESTABILIDAD-Inexistencia	949
ESTABLECIMIENTO PUBLICO	782
ESTABLECIMIENTO PUBLICO DISTRITAL	830
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS	917
ESTATUTO DE PERSONAL	782
ESTATUTO DISCIPLINARIO	922
ESTATUTOS	851
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	864
EXPERIENCIA NO UTILIZADA	1002
EXTRALIMITACION DE FUNCIONES-Inexistencia	950

F

FACTOR SALARIAL-Inexistencia	865
FACULTAD DISCIPLINARIA	922
FACULTAD DISCRECIONAL-Inaplicación	878
FACULTAD SANCIONATORIA	744
FALSA MOTIVACION	960
FALTA GRAVE	960
FALTA GRAVE-Inexistencia	806

	Página
FONDOS OFICIALES-Manejo	960
FUERO SINDICAL (Aclaración de Voto)	958
FUERO SINDICAL-Conocimiento	955
FUERZAS MILITARES	922
FUNCIONARIO DE HECHO	986
FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL	895
FUNCIONARIO NOMINADOR-Facultades	950
FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	912
G	
GACETA DEPARTAMENTAL	743
GERENTE-Facultades	806
H	
HOJA DE SERVICIOS (Salvamento de Voto)	1027
HONORARIOS	823
HORARIO DE TRABAJO	857
HORARIO DE TRABAJO-Cumplimiento	922
I	
ICA-Naturaleza Jurídica	782
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Aclaración de Voto)	983
INDUSTRIA DEL TRANSPORTE	798
INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL-Reestructuración	869
INSUBSISTENCIA	814 949
INSUBSISTENCIA CON INDEMNIZACION	887
INSUBSISTENCIA TACITA	929
INURBE-Reestructuración	1030
INVESTIGACION DISCIPLINARIA-Terminada	847
J	
JEFE DE OPERACIONES LOGISTICAS-Facultades	922
JORNADA LABORAL	895

	Página
JUNTA DE LA CARRERA PENITENCIARIA-Concepto	903
JUNTA DIRECTIVA	806
JUNTA DIRECTIVA-Control	937
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	782
JURISDICCION DEL TRABAJO	955
JURISDICCION LABORAL (Aclaración de Voto)	958
JURISDICCION ORDINARIA	851
JURISDICCION ROGADA	865
	950

L

LAUDO ARBITRAL-Inaplicabilidad	864
LEY APROBATORIA DE TRATADO	876
LEY SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS	876
LIBERTAD DE ENSEÑANZA	996
LIBERTAD DE TRABAJAR	996
LICENCIAS	857
LISTA DE ELEGIBLES	986

M

MESADA PENSIONAL	864
MINISTRO DE JUSTICIA-Funciones	903
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES-Certificación	877
MINISTERIO DE TRABAJO-Funciones	764
MUSICO (Aclaración de Voto)	854
MUSICOS	851

N

NEXO DE CAUSALIDAD	770
NOMBRAMIENTO	937
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD-Requisitos	949
NOMINADOR	847
NOMINADOR-Facultades	986
NORMA CONSTITUCIONAL-Aplicación Local	917
NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL-Prueba	877

	Página
NORMA LEGAL-Vigencia	744
NORMA NACIONAL-Inaplicación	877
NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION	950

O

ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNO	876
ORQUESTA SINFONICA DE COLOMBIA	851
(Aclaración de Voto)	854

P

PENSION DE JUBILACION POR APORTES	942
PENSION SANCION-Improcedencia	869
PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA	888
PERIODO JUDICIAL	986
PERMISO SINDICAL	856
	858
PERMISOS LABORALES	857
PERMISOS SINDICALES-Definición	857
PERMISOS SINDICALES PERMANENTES-Improcedencia	858
PERMISOS SINDICALES TEMPORALES	858
PERSONAL CIVIL	922
PERSONAL DOCENTE	1002
PERSONAL DOCENTE DE DEDICACION EXCLUSIVA	996
PERSONAL TECNICO	937
PERSONERIA SUSTANTIVA	937
PLAN DE RETIRO COMPENSADO	887
	888
PLANTA DE PERSONAL	869
	1030
PLANTA DE PERSONAL-Clasificación	775
PODER DISCIPLINARIO	846
	847
POLICIA NACIONAL	1020
POTESTAD REGLAMENTARIA	937
	1013

	Página
POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación	942 1013
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	973
PREAMBULO DE LA CONSTITUCION	888
PRESCRIPCION	864
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	937
PRESTACIONES PERIODICAS-Imprescriptibilidad	864
PRESTACIONES SOCIALES-Creación	864
PRESTACIONES SOCIALES-Inexistencia	823 1008
PRESUNCION DE JUSTICIA	846
PRESUNCION DE LEGALIDAD	846
PRESUNCION DE LEGITIMIDAD	846
PRESUNCION DE VALIDEZ	846
PRESUNCION ***IURIS TANTUM***	846
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	864
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA (Aclaración de Voto)	794
PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA	937
PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA (Aclaración de Voto)	796
PRINCIPIO DE LA ***PERPETUATIO JURISDICTIONIS***	789
PROCESO DISCIPLINARIO	903
PROCESO DISCIPLINARIO-Régimen Aplicable	960
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Facultades	744
PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA	847
PROVIDENCIA DE CONDENA (Aclaración de Voto)	983
PRUEBA	876
PUBLICACION-Improcedencia	743

R

RAMA JUDICIAL	764
RAMAS DEL PODER PUBLICO	887
RATIFICACION	877
REAJUSTE PENSIONAL	864

	Página
REAJUSTE PENSIONAL-Improcedencia	865
REGLAMENTO GENERAL-Inexistencia	743
REGLAMENTO INTERNO-Modificaciones	806
REINTEGRO-Improcedencia	934
REPOSICION DE TERMINOS-Improcedencia	970
RETIRO DEL SERVICIO (Aclaración de Voto)	794
(Aclaración de Voto)	796
RETIRO DEL SERVICIO-Causales	887
RETIRO DEL SERVICIO-Condiciones	887
RETIRO DEL SERVICIO-Sistemas Especiales	887
RETIRO VOLUNTARIO CON BONIFICACION	887
REVISION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	877

S

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO-Funciones	744
SANCION	922
SANCION DISCIPLINARIA	903
	960
SANCIONES ADMINISTRATIVAS	856
SANCIONES PENALES	856
SANCION-Trámite	922
SEGURO DE VIDA DOBLADO	770
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD	888
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Consecuencias	888
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos	917
SERVICIO PUBLICO DE SALUD	775
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD	937
SERVIDORES PUBLICOS-Clasificación	917
SERVIDOR PUBLICO	846
SINDICATO DE INDUSTRIA-Improcedencia	798
SINDICATO GREMIAL-Definición	912
SINDICATO GREMIAL-Inexistencia	912
SINDICATOS	856
SINDICATOS-Representación	856

	Página
SISTEMA DE MERITOS	949
SISTEMA NACIONAL DE SALUD-Régimen Aplicable	929
SOBERANIA-Voluntad Estatal	876
SUBSECTOR OFICIAL DE SECTOR SALUD	775
SUPRESION DE EMPLEO	934
SUPRESION DE EMPLEO-Inexistencia	1030
SUPRESION DE EMPLEOS	869
SUSPENSION PROVISIONAL	955
	973

T

TARIFA	834
TERMINO LEGAL-Cómputo	970
TIEMPO DOBLE-Requisitos	1002
TIEMPOS DOBLES	1020
(Salvamento de Voto)	1027
TRABAJADORES DEL SECTOR PUBLICO-Limitaciones	856
TRABAJADORES OFICIALES-Generalidad	917
TRABAJADORES PARTICULARES	856
TRABAJADOR OFICIAL-Actividad	
(Aclaración de Voto)	787
TRASLADO-Confirmación	806
TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL-Aceptación	876
TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL-Requisitos	877
TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL-Vigencia	876
TURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS-Liquidación	895

U

UNIVERSIDAD NACIONAL	996

V

VACANCIA JUDICIAL	970
VIOLACION DIRECTA DE NORMA CONSTITUCIONAL-Improcedencia	878

Este libro se terminó de imprimir
en los Talleres de la Empresa
Editorial de Cundinamarca,
Antonio Nariño, EDICUNDI,
en el mes de diciembre de 1995